

Ulrich Wiese
—

**DIE SCHEINHANDELSGESELLSCHAFT UND
DIE FEHLERHAFTE GESELLSCHAFT NACH
NEUFASSUNG DES § 15 HGB**

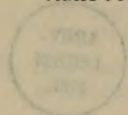
1978

1979

Die Scheinhandelsgesellschaft und die fehlerhafte
Gesellschaft nach Neufassung des § 15 HGB

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
Münster



vorgelegt von
Ulrich Wiese
aus Oer-Erkenschwick

Münster 1978



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. H. Westermann
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. H. Brox
Dekan:	Prof. Dr. Battes
Tag der mündlichen Prüfung:	21. Dezember 1978

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Einleitung	1
I. Einführung in den Problembereich des Themas	1
II. Gang der Darstellung	4
B. Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht	6
I. Die Scheinhandelsgesellschaft - Rechts- lage vor dem 1.9.1969	7
1. Die Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister für die Gesellschaf- ten gem. § 15 Abs. 1 HGB	7
2. Die anfänglich unrichtige Eintragung als Tatbestand einer Rechtsschein- haftung	9
a) Die Zurechenbarkeit der Eintragung zu Lasten des Scheingesellschafters	11
aa) Verantwortungsunfähige Per- sonen	11
bb) Die Zurechenbarkeit nach dem Veranlassungsprinzip	13
cc) Die Zurechenbarkeit nach dem Verschuldensprinzip	14
dd) Die Zurechenbarkeit nach dem Risikoprinzip	15
ee) Stellungnahme	18
b) Der gute Glaube	19
c) Der Kausalzusammenhang zwischen dem Vertrauen und der Disposition	21
3. Andere Publikationsarten als Tatbe- stände einer Rechtsscheinhaftung	24
4. Vertrauensschutz gegen Registerin- halt	31
5. Die Beseitigung des Rechtsscheins	35
a) Die Zerstörung des Rechtsscheins bei unrichtigen oder unvollstän- digen Registereintragungen	35
b) Die Zerstörung des Rechtsscheins bei Publikationen außerhalb des Handelsregisters bzw. der Amts- blätter	40

	Seite
II. Die Bedeutung des § 15 Abs. 3 HGB	42
1. Die unrichtige Bekanntmachung	44
a) Die Bekanntmachung	44
b) Der Begriff der "Unrichtigkeit"	48
2. Die "einzutragende Tatsache"	51
3. Die Zurechenbarkeit des Rechts- scheins im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB	53
a) Kritik an einem reinen Rechts- scheintatbestand	53
b) Die Zurechnung nur zu Lasten von Vollkaufleuten	62
c) Einschränkung der Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB durch die Annah- me eines differenzierenden Fik- tionstatbestandes	65
d) Die Zurechnung mit Hilfe eines erweiterten Veranlassungsprinzips	68
e) Die Zurechnung mit Hilfe des Risikoprinzips	71
f) Stellungnahme	72
4. Die Haftung nicht voll Geschäfts- fähiger	75
5. Die Schutzwürdigkeit des Dritten	76
a) Der gute Glaube	77
b) Der Kausalzusammenhang zwischen dem Vertrauen und der Disposition des Dritten	78
6. Die Beseitigung des nach § 15 Abs. 3 HGB erzeugten Rechtsscheins	83
a) Die Beseitigung des Bekanntma- chungsfehlers trotz richtiger Handelsregistereintragung	84
b) Die Beseitigung des Bekanntma- chungsfehlers bei versehentlich unterbliebener Handelsregister- eintragung	85
c) Die analoge Anwendung des § 15 Abs. 2 S. 2 HGB zugunsten des Betroffenen	87

	Seite
III. Die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 HGB auf die bisherigen handelsrechtlich anerkannten Rechtsscheintatbestände	93
1. Die analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB bei unrichtigen Handelsregistereintragungen	94
2. Ablehnung einer analogen Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB	95
IV. Die Auswirkung des Scheins im Hinblick auf § 124 HGB	97
V. Zusammenfassung	100
C. Die fehlerhafte Personengesellschaft	105
I. Die fehlerhafte Innengesellschaft	109
1. Fehler, die nicht unbedingt zur Nichtigkeit des gesamten Vertragswerkes führen	109
2. Die Heilung von Vertragsmängeln	111
3. Unheilbare Fehlerquellen und ihre Auswirkungen auf das Innenverhältnis	113
a) Allgemeine Überlegungen	113
b) Die Lehre von der faktischen Gesellschaft	117
c) Die Lehre von der Modifizierung des Abwicklungsrechts	118
d) Die Lehre von der Beschränkung der gesetzlichen Nichtigkeitsfolgen	121
e) Zusammenfassung	129
II. Die Auswirkungen einer fehlerhaften Innengesellschaft auf das Außenverhältnis	131
1. Die Anwendung des § 124 HGB	131
2. Die persönliche Haftung der Gesellschafter gem. § 128 HGB	132
a) Die volle Gleichbehandlung von fehlerhaften und gültigen Gesellschaften	132
b) Die in der Literatur vertretenen, abweichenden Stellungnahmen	140

	Seite
3. Eigener Lösungsvorschlag	145
a) Interessenabwägung zwischen den Gläubigern und den Gesellschaft- tern	146
b) Ist Gewohnheitsrecht noch anwend- bar, nachdem § 15 Abs. 3 HGB er- lassen worden ist?	157
c) Die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 HGB auf den gesamten Rechtsbe- reich	168
4. Prozeßrechtliche Auswirkungen des Lösungsvorschlags	172
5. Endergebnis	176

Literaturverzeichnis

- Ballerstedt, Kurt, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften. In: JuS 1963,253 ff.
- Baumbach-Duden, Kommentar zum Handelsgesetzbuch begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Konrad Duden. 22. Auflage, München 1976.
- Beuthien,Volker, Fragwürdige Rechtsscheingrenzen im neuen § 15 Abs. 3 HGB. In: NJW 1970, 2283 ff.
- Beyerle, Konrad, Fragwürdige Rechtsscheinhaftung in § 15 Abs. 3 HGB n.F. In: BB 1971, 1482 ff.
- Derselbe, Rechtsschein zu Lasten des Verkehrs durch unberechtigte Firmenführung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 25.6.1973 (= BGHZ 61,59 ff.). In: BB 1975,944 ff.
- Binz, Karlheinz, Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG. Zugleich ein Beitrag zum Recht der Kapital-Vorgesellschaft. Köln 1976.
- Derselbe, Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit der Vor-GmbH & Co. KG. In: GmbH Rdsch. 1976,29ff.
- Bokelmann, Gunther, Die abgeleitete Firma der GmbH & Co. In: GmbH Rdsch. 1975,25 ff.
- Buchwald, Personengesellschaften ohne Gesellschaftsvertrag? Zur Frage der "Faktischen Gesellschaft". In: GmbH Rdsch. 1954, 145 ff.
- Bürck, Harald, § 15 Abs. 3 HGB und die Grundsätze der Haftung von fehlerhaften und entstehenden Personengesellschaften gegenüber Dritten. In: AcP 171(1971), 328 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München 1971.
- Derselbe, Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 25.6.1973. In: NJW 1974,455-456.
- Capelle, Karl-Heinz, Handelsrecht (ohne Gesellschafts- und Seehandelsrecht). 18. Auflage, München 1977.

Düringer-Hachenburg-(Bearbeiter), Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Auflage, II. Band, 1. Hälfte, Allgemeine Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts erläutert von Karl Geiler. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932, II. Band, 2. Hälfte, §§ 105-177, 335-342, erläutert von Julius Flechtheim. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Eckardt, Wolf-Dieter, Die verfassungskonforme Auslegung. Berlin 1964.

Ehrenberg, Victor, Handbuch des gesamten Handelsrechts. Erster Band. Leipzig 1913, zitiert: Handelsrecht I.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erster Band: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts begründet von Ludwig Enneccerus, 15. Auflage, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey. Erster Halbband, Tübingen 1959, zitiert: BGB I, 1. Halbband, S.

Erman, Walter, Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage. Münster 1947.

Erman - (Bearbeiter), Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, Band 1-2. Münster 1975.

Fabricius, Fritz, Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts. 2. Auflage, Stuttgart 1971.

Fikentscher, Wolfgang, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff. In: AcP, Band 154(1955), 1 ff.

Finger, Peter, Besprechung der Entscheidung BGHZ 62,20. In: ZGR 1976,240 ff.

Fischer, Gerfried, Rechtsscheinhaftung bei nicht eingetragener KG. Zu BGH, NJW 1973, 1691. In: NJW 1973,2188 ff.

Fischer, Robert, Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft. In: NJW 1958,969 ff.

Derselbe, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8.11.1965 - II ZR 267/64 (= BGHZ 44,235). In: LM Nr. 2 zu § 130 HGB.

- Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Erster Teil. Die Personengesellschaft. Berlin-Heidelberg-New York 1977, zitiert: Die Personengesellschaft.
- Derselbe, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft. 2. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1975, zitiert: Das Rechtsgeschäft.
- Derselbe, Schuld und Haftung bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. In: Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, S. 119 ff.
- Gammelín, Dietrich, Rechtsscheinhaftung des Kaufmanns und Regreßansprüche gegen den Staat bei fehlerhaftem Publikationsakt der Presse. Frankfurt a.M. 1973.
- von Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 8. Auflage, Berlin 1958.
- Gierke-Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht als Handels- und Schiffahrtsrecht begründet von Julius von Gierke. Neunte, völlig neu bearbeitete Auflage von Otto Sandrock. Band 1: Allgemeine Grundlagen. Der Kaufmann und sein Unternehmen. Berlin, New York 1975, zitiert: Gierke-Sandrock I, S.
- Gotthardt, Peter Jürgen, Vertrauensschutz und Registerpublizität. In: JZ 1971, 312 ff.
- Großkommentar der Praxis, Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. Elfte Auflage, II. Band, 2. Teil, §§ 705-853 u. a. bearbeitet von Robert Fischer (§§ 705-779). Berlin 1960, zitiert: Fischer in RGRK zum BGB, § ...

- Großkommentar der Praxis, Handelsgesetzbuch, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts.
1. Band, 3. Auflage, §§ 1-104, bearbeitet von Dieter Brüggemann und Hans Würdinger, Berlin 1967, zitiert: Brüggemann in HGB Großkomm., § Würdinger in HGB Großkomm., §
2. Band, 1. Halbband, 3. Auflage, §§ 105-144, bearbeiter u. a. von Robert Fischer, Berlin, New York 1973, zitiert: Fischer in HGB Großkomm., §
2. Band, 2. Halbband, 3. Auflage, §§ 145-177, 335-342, bearbeitet von Wolfgang Schilling, Berlin, New York 1970
2. Band, 2. Auflage, §§ 105-177, 335-342, bearbeiter von Otto Weipert, Berlin 1950, zitiert: Weipert, § ...
- Gursky, Karl-Heinz, Nochmals: Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige. In: NJW 1969, 2183 ff.
- Harms, Wolfgang, Handels- und Wertpapierrecht. Frankfurt a.M. 1974.
- Haupt, Günter, Über faktische Vertragsverhältnisse. In: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber, Band 2, 1943, S. 5 ff.
- Derselbe, Anmerkung zum Urteil des OLG Danzig vom 4.12.1942. In: ZAKDR 1943, 238-239.
- Hesselmann, Malte, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.3.1974 (= BGHZ 62, 216 ff.). In: GmbH Rdsch. 1974, 151 f.
- Derselbe, Verpflichtung der Registergerichte zur Eintragung des Zusatzes "GmbH & Co." bei abgeleiteter Firma. In: GmbH Rdsch. 1976, 36-37.
- Heymann-Kötter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, erläutert von Hans-Wilhelm Kötter, 4. Auflage, Berlin, New York 1971.
- Hofmann, Paul, Handelsrecht. Frankfurt a. M. 1977.
- Huber, Ulrich, Haftungsprobleme der GmbH und Co. KG im Gründungsstadium in Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976.

- Hueck, Alfred, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft. 4. Auflage, Berlin, New York 1971, zitiert: Hueck, oHG.
- Derselbe, Gesellschaftsrecht. 17. Auflage, München 1975, bearbeitet von Götz Hueck, zitiert: Hueck, GesR.
- Keidel-Schmatz-Stöber, Handbuch der Rechtspraxis. Band 7, Registerrecht, von Theodor Keidel, Hans Schmatz und Kurt Stöber, 3. Auflage, München 1976.
- Kollhosser, Helmut, Besprechung der Entscheidung BGHZ 61,59. In: ZGR 1976,231 ff.
- Kornblum, Udo, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften. Frankfurt a.M. 1972.
- Lamers, Manfred, Erfordernis des Zusatzes GmbH & Co. bei abgeleiteter Firma? In: DB 1974, 1996 ff.
- Larenz, Karl, Anmerkung zum Urteil des RG vom 13.10.1933 (= RGZ 142,98 f.). In: JW 1934,224-227.
- Derselbe, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Auflage, München 1975, zitiert: BGB AT, S.
- Derselbe, Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band, 11. Auflage, München 1977, Schuldrecht BT.
- Derselbe, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1975.
- Lehmann, Heinrich, Faktische Vertragsverhältnisse. In: NJW 1958, S. 1-5.
- Lehmann-Dietz, Gesellschaftsrecht, von Heinrich Lehmann, neubearbeitet von Rolf Dietz, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1970.
- Lutter, Marcus, Die erste Angleichungsrichtlinie zu Art. 54 Abs. 3 lit g) EWG-Vertrag und ihre Bedeutung für das geltende deutsche Unternehmensrecht. In: Europarecht 1969, S. 1 ff.

- Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909.
- Derselbe, Vom Rechtsschein des Todes. Leipzig 1912.
- Meyer-Ladewig, Jens, Die Durchführung der Ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts in der Bundesrepublik. In: MDR 1969, S. 818 ff.
- Möschel, Wernhard, Das Außenverhältnis der fehlerhaften Gesellschaft. In: Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976.
- Müller, Klaus, Zur Prüfungspflicht des Handelsregisterrichters und -rechtspflegers. In: Der Deutsche Rechtspfleger 1970, 375 ff.
- Naendrup, Hubert, Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinforschung. Münster 1910.
- Nitschke, Manfred, Die Wirkung von Rechtsscheintatbeständen zu Lasten Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger. In: JuS 1968, 541 ff.
- Oertmann, Paul, Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein. In: ZHR 1930(95), 433 ff.
- von Olshausen, Eberhard, Neuerungen im System der handelsrechtlichen Rechtsscheingrundsätze. In: BB 1970, 137 ff.
- Derselbe, Besprechung zu: Dietrich Gammelin, Rechts-scheinhaftung des Kaufmanns und Regreßansprüche gegen den Staat bei fehlerhaftem Publikationsakt der Presse. In: ZHR 138, 176-177.
- Palandt-(Bearbeiter), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 36. Auflage, München 1977.
- Priester, Hans-Joachim, Obligatorischer Zusatz "GmbH & Co." auch bei abgeleiteter Firma? In: NJW 1975, 238 ff.
- Reindl, Peter, Zur Haftung des fehlerhaft eingetretenen Gesellschafters. In: Festschrift für Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag, Wien 1973.

- Reinhardt, Rudolf, Gesellschaftsrecht. Tübingen 1973.
- Ritter, Carl, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschuß des Seerechts. 2. Auflage, München und Berlin 1932.
- Rödig, Jürgen, Bereicherung ohne Rechtfertigung durch Gesellschaftsvertrag. Berlin 1972.
- Ronke, Maximilian, Der fehlerhafte Beitritt zu einer Gesellschaft und die fehlerhafte Gesellschaft nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In: Jus et commercium, Festschrift für Franz Laufke, S. 217 ff. Würzburg 1971.
- Derselbe, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur fehlerhaften Gesellschaft. In: Festschrift für Heinz Paulik, S. 55 ff., Köln-Marienburg 1973.
- Sandberger, G., Die handelsrechtliche Register-Rechtsscheinhaftung nach der Neufassung des I 15 HGB. In: JA 1973, 215 ff. (ZR, S. 75 ff.)
- Schlegelberger (Bearbeiter), Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band I, §§ 1-58, bearbeitet von Wolfgang Hildebrandt, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1960, zitiert: Schlegelberger-Hildebrandt
5. Auflage, München 1973, bearbeitet von Wolfgang Hildebrandt unter Mitarbeit von Hans-Werner Steckhan, zitiert: Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan.
Band II, §§ 105-177, 335-342, bearbeitet von Ernst Geßler, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1955, zitiert: Schlegelberger-Geßler (3. Aufl.)
4. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1963, zitiert: Schlegelberger-Geßler
- Schmidt, Karsten, Zur Haftungsbeschränkung bei Umwandlung einer oHG in eine GmbH & Co. KG., Anm. zum Urteil des BGH vom 8.5.1972 (GmbH Rdsch. 1972, 214). In: GmbH Rdsch. 1972, 237 ff.
- Derselbe, Gilt § 5 HGB im Unrechtsverkehr? In: DB 1972, S. 959 ff.

- Schmidt, Karsten, Neues zur Haftung bei der Schein-KG und zur Kommanditistenhaftung bei Sanierungsgründungen, zum Urteil des BGH vom 25.6.1973 II ZR 133/70. In: JZ 1974, 219 ff.
- Derselbe, Sein-Schein-Handelsregister. In: JuS 1977, S. 209 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim, Zur Führung des GmbH & Co. Zusatzes durch Kommanditgesellschaften. In: NJW 1975, 1481 ff.
- Schumann, Faktische Personalgesellschaft und Feststellungsklage. In: DR 1943, S. 265 ff.
- Derselbe, Die Lebensverhältnisse der faktischen Personengesellschaft. In: DR 1943, 1193 ff.
- Siebert, Wolfgang, Die "Faktische" Gesellschaft. Festschrift für Hedemann, 1938, S. 266 ff.
- Derselbe, Faktische Vertragsverhältnisse, Abhandlung des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und Arbeitsrechts. Karlsruhe 1958.
- Simitis, Spiros, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts. Frankfurt 1957.
- Soergel-(Bearbeiter), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, Stuttgart 1967, Band III, §§ 611-853, bearbeitet u. a. von Hermann Schultze-von Lasaulx, zitiert: Soergel-Schultze-von Lasaulx.
- Staub, Hermann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6./7. Auflage, Erster Band, Berlin 1900.
14. Auflage, Erster Band, §§ 1-177, §§ 105-177, bearbeitet von Albert Pinner, Berlin und Leipzig 1932, zitiert: Staub-Pinner.
- Staudinger-(Bearbeiter), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. I. Band, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 11. Auflage, Berlin 1957, bearbeitet von Helmut Coing

II. Band, 4. Teil, §§ 705-822,
10./11. Auflage, Berlin 1975, Erläuterungen zu §§ 705-740 von Ernst Keßler auf der Grundlage der Erläuterungen von Karl Geiler (Stand 1958), zitiert: Staudinger-Geiler-Keßler, Erläuterungen zu §§ 741-758 von Hermann Vogel auf der Grundlage der Erläuterungen von Karl Kober (Stand 1959), zitiert: Staudinger-Kober-Vogel.

Steckhan, Hans-Werner, Grenzen des öffentlichen Glaubens der Handelsregisterbekanntmachung. In: DNotZ 1971, 211 ff.

Stoll, Heinrich, Haftung aus Bescheinigung. In: AcP, Band 135(1932), 89 ff.

Teichmann, Arndt und Schick, Volker, Haftung bei einer als KG auftretenden BGB-Gesellschaft - BGHZ 61, 59. In: JuS 1975, 18-25.

Wellspacher, Moritz, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht. Wien 1906.

Westermann, Harm-Peter, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften. Berlin-Heidelberg-New York 1970.

Derselbe, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.3.1974 (= BGHZ 62, 216 ff.). In: JZ 1975, 327 ff.

Westermann, Harry, Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes. In: JuS 1963, 1 ff.

Derselbe, Personengesellschaftsrecht. 3. Auflage, Köln 1975.

Wiedemann, Herbert, Besprechung der Entscheidung BGHZ 62, 216. In: ZGR 1975, 354 ff.

Wieland, Karl, Handelsrecht. Erster Band: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften. München und Leipzig 1921.

Würdinger, Hans, Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personengesellschaften. Hamburg 1944.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
Fn.	Fußnote
GesR	Gesellschaftsrecht
GmbH Rdsch.	GmbH Rundschau
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rdnr.	Randnummer
Rdz.	Randziffer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
WM	Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift für Akademie für Deutsches Recht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

Abkürzungen, die hier nicht aufgeführt sind, können dem "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache" von Hildebert Kirchner, 2. Auflage, Berlin 1968, entnommen werden.

A. Einleitung

I. Einführung in den Problembereich des Themas

Ein wesentliches Kennzeichen der Personenhandelsge-
sellschaften ist die persönliche Haftung der Gesell-
schafter für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft, wo-
bei zwei verschiedene Schuldenarten zu beobachten
sind, einmal die beschränkte Haftung des Kommanditisten
(§§ 161 Bs. 1, 171 Abs. 1 HGB) und zum anderen
die unbeschränkte Haftung der oHG-Gesellschafter
(§ 128 HGB), sowie die des Komplementärs der KG
(§ 161 Bs. 1 HGB). Die Mitgliedschaft in einer
Personengesellschaft kann u. U. eine gefährliche
Situation heraufbeschwören, die im Extremfall mit
dem Verlust des gesamten privaten Vermögens endet.
Es entfällt auch nicht jegliches Haftungsrisiko
für die Beteiligten, wenn die Gesellschafter gar
keinen Gründungsvertrag abgeschlossen haben und
so die Gründungsvoraussetzungen einer Gesellschaft
nicht vorliegen. Diese können Dritten gegenüber
den äußeren Anschein einer Gesellschaft vorge-
täuscht haben. Beispielsweise kann auf ihren An-
trag hin eine Gesellschaft in das Handelsregister
eingetragen worden sein, wodurch nicht der Grün-
dungsmangel beseitigt wird. Wenn eine Gesellschaft
nämlich nicht besteht, dann kann auch § 5 HGB kei-
ne Abhilfe schaffen¹. Der Schutz dieser Norm er-
streckt sich nur auf die Frage, ob ein vollkauf-
männisches Gewerbe vorliegt oder nicht. Sie ver-
sagt, wenn überhaupt keine Handelsgesellschaft
vorhanden ist. Die Eintragung ins Handelsregister
kann daher gem. § 6 Abs. 1 HGB nur von Bedeutung
sein, wenn wenigstens ein Gewerbebetrieb in Form
einer Gesellschaft besteht, der dann allerdings
kein Handelsgewerbe i.S.d. §§ 1, 2 HGB ausüben muß².

1 Westermann, GesR, Rdz. 105.

2 Ebenda.

Trotzdem kann es im Interesse des Verkehrsschutzes gerechtfertigt sein, daß die Existenz einer Gesellschaft im gewissen Umfang unterstellt wird, um auf diese Weise die Geschäftspartner zu schützen, die mit einer Scheingesellschaft Handel getrieben haben. Dieses Problem, welches die deutsche Rechtswissenschaft schon seit Jahrzehnten beschäftigt, hat eine Lösung durch die im Handelsrecht entwickelten Rechts-scheingrundsätze erfahren, die in den Sätzen Staub's ihren Ursprung hatten: "Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann. Wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann"¹.

Die Formulierung wurde bald dahingehend relativiert, daß der erzeugte Rechtsschein nur zugunsten des gutgläubig Vertrauenden wirkt². In dieser Form sind die Maxime zum Gewohnheitsrecht erstarkt³.

Wenn es auch erstaunlich klingen mag, so haben die Rechtsscheingrundsätze im Handelsrecht neuerdings wieder an Aktualität gewonnen. Dies erklärt sich einmal durch die im Jahre 1969 eingefügte Neufassung des § 15 Abs. 3 HGB. Seitdem ist teilweise an die Stelle des bisherigen Gewohnheitsrechts eine abweichende gesetzliche Regelung getreten, die jedoch ihrerseits eine Vielzahl von Auslegungsfragen in sich birgt.

Zum anderen ist durch die Änderung des § 15 Abs. 2 HGB ein weiteres Problem aufgetaucht, nämlich ob es einen Vertrauensschutz geben kann, wenn die Haftungsverhältnisse einer Gesellschaft einem Dritten

1 Staub's Kommentar zum HGB, 6./7. Aufl., Exkurs zu § 5.

2 RGZ 89,163; BGHZ 36,273(278).

3 Für ein Gewohnheitsrecht sprechen sich u. a. aus: J. v. Gierke, Handelsrecht, § 12 V; Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 30; Canaris, Die Vertrauenshaftung, S. 156; Westermann, JuS 1963, S. 1 ff (4); Hueck, oHG, § 5 III.

gegenüber zwar unrichtig angegeben werden, diese aber richtig eingetragen und bekanntgemacht sind. Während sich ein Dritter bis 1969 die eingetragene Tatsache nicht entgegenhalten lassen mußte, wenn er sie nicht kannte noch kennen mußte, wurde das Gesetz dahingehend eingeengt, daß ein Entlastungsbeweis nur noch für die ersten 15 Tage nach der Bekanntmachung zulässig ist.

Im engen Zusammenhang mit dieser Problematik steht die firmenrechtliche Rechtsprechung des BGH, die eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter eine GmbH ist, dazu zwingt, auch bei der abgeleiteten Firma einen Zusatz wie etwa "GmbH & Co" aufzunehmen.

Ziel der Darstellung wird es also sein, die Rechts-scheinhaftung im Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Neuregelung des § 15 HGB zu erörtern.

Schließlich soll dieses Haftungssystem mit dem Institut der 'fehlerhaften Gesellschaft' verglichen werden, wobei sofort auffallen wird, daß in dem ersten Bereich die Rechtsprechung bemüht ist, allzu scharfen Ergebnissen entgegenzuwirken¹, während im zweiten Bereich die Entwicklung gegensätzlich verläuft. Der Bundesgerichtshof will die Haftung der Mitglieder einer fehlerhaft errichteten Personenhandels-gesellschaft nicht mehr nach Rechtsscheingrundsätzen bemessen, sondern unmittelbar auf die gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbestände zurückgreifen². Namhafte Vertreter der Lehre folgen dem BGH

1 Vgl. z. B. die Behandlung eines Scheinkommanditisten einer als KG aufgetretenen BGB-Gesellschaft: unten B I 3.

2 BGHZ 44,235; BGH NJW 1972,1466.

auf diesem Weg¹. Dies hat die überraschende Folge, daß trotz eines nichtigen Gründungsvertrages sich die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter gegenüber Dritten in nichts davon unterscheiden, wie wenn eine gültige Gesellschaft vorläge. Dagegen sollen Rechtsscheingrundsätze maßgeblich bleiben, wenn die Gesellschafter einen Vertrag nur zum Schein oder gar nicht abgeschlossen haben².

Abgesehen davon, daß dieser Wertungswiderspruch von vornherein auf rechtsdogmatische Bedenken stoßen muß - ein nichtiger Vertrag ist ein "Nichts" -, stellt es ein weiteres Anliegen dieser Arbeit dar, die herrschende Lehre in diesem Punkt zu prüfen. Da in beiden Fallgruppen - beim fehlenden als auch beim fehlerhaften Gesellschaftsvertrag - die Gründungsvoraussetzungen einer Gesellschaft nicht erfüllt sind, muß sich die Haftung der Gesellschafter gleichermaßen nach Rechtsscheingrundsätzen beurteilen.

II. Gang der Darstellung

Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht ist allgemein dadurch gekennzeichnet, daß Dritten eine Rechtstatsache vorgespiegelt wird, die in Wahrheit nicht oder zumindest nicht vollständig vorliegt, die aber für das Verhalten der Dritten maßgeblich war. Bei der Untersuchung der Rechtsscheintatbestände im Handelsrecht soll zunächst die Rechtslage dargestellt werden, die vor dem 1.9.1969 bestand (BI), bevor

1 Hueck, oHG, § 7 II; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 104; LM Nr. 2 zu § 130 HGB; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 17; Baumbach-Duden, § 105 Anm. 8 G.

2 Vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 107 ff.; Reinhardt, GesR, Rdnr. 248; Hueck, oHG, § 7 III 4 b; BGHZ 11,190; BGH LM § 105 HGB Nr. 4.

auf die Bedeutung des § 15 Abs. 3 HGB eingegangen wird (B II). Die Reihenfolge ist deshalb zweckmäßig, (B II). Die Reihenfolge ist deshalb zweckmäßig, weil die Auslegung des § 15 Abs. 3 HGB n.F. durch die zuver gültigen Gewohnheitssätze mitbestimmt wird. Im Anschluß daran soll die Auswirkung des neuen Gesetzes auf das bisher geltende Recht behandelt werden (B III).

Im zweiten Teil wird dann die Haftung für Gesellschaftsschulden erörtert, wenn eine sog. 'fehlerhafte Personengesellschaft' besteht (C). Als Vorfrage muß dabei zunächst geklärt werden, wann man von einer solchen 'fehlerhaften Gesellschaft' sprechen kann (C I).

Sodann werden die Auswirkungen des fehlgeschlagenen Gesellschaftsvertrages auf das Außenverhältnis der Gesellschaft dargestellt (C II).

In der Literatur wird die Behandlung der 'fehlerhaften Gesellschaft' häufig an einer anderen Stelle erörtert als die Grundsätze über die handelsrechtliche Rechtsscheinhaftung. Deshalb war es ein weiteres Anliegen dieser Arbeit, diese verwandten Rechtsgebiete zusammenfassend darzustellen.

B. Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht

An zahlreichen Stellen im deutschen Privatrecht sind Bestimmungen zu finden, die anstelle einer wirklichen Rechtslage einen Rechtsscheintatbestand zur Voraussetzung einer Rechtsfolge erklären. Inhaltlich wird in diesen Vorschriften der Anschein der Rechtswirklichkeit gleichgestellt.

Im bürgerlichen Recht werden hierzu die §§ 68, 70, 169 ff., 405, 407, 408, 793 ff., 851, 892, 893, 932 ff., 955, 957, 1032, 1138, 1207, 1412, 2112 ff., 2211, 2366, 2367 BGB, im Handelsrecht die §§ 5, 15, 28, 56, 363 ff., 366 HGB, im Wertpapierrecht die Art. 16, 17 WG und die Art. 21, 22 ScheckG genannt¹.

Die vom Gesetz erfaßten Fälle behandeln das Phänomen der Rechtsscheinhaftung jedoch nur punktuell. Die Voraussetzungen und Folgen sind unterschiedlich, da die genannten Bestimmungen dem jeweils angehörigen Rechtsgebiet angepaßt sind. Wegen dieser untereinander stark differierenden Rechtsscheingrundsätze ist es nicht gelungen, ein allgemein umfassendes Prinzip der "Rechtsscheinhaftung" zu formulieren, in das sich sämtliche Tatbestände einordnen ließen².

1 Westermann, JuS 1963,1; Bürck, AcP 171,351; Enneccerus-Nipperdey, BGB I 1. Halbbd., 469/470.

2 Zu den Versuchen in der Rechtslehre, eine allgemeine Rechtsscheintheorie zu entwickeln, vgl. z. B.: Meyer, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht; ders., Vom Rechtsschein des Todes; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände; Naendrup, Begriff des Rechtsscheins; Oertmann, ZHR 95,443 ff.; Stoll, AcP 137,89 ff. und 101 ff.; Krückmann, AcP 108,179 ff.; AcP 137,167 ff.; Fikentscher, AcP 154,1 ff.; zur Kritik an den bisherigen Theorien vgl.: Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 9 ff.; im Ergebnis wie hier: Westermann, JuS 1963,1 ff.; Bürck, AcP 171,351-353; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., 470; Brüggenmann in Großkomm. HGB, Anhang zu § 5 Anm. 3.

Aus dieser Erkenntnis sind gesetzlich nicht geregelte Rechtsscheinfälle stets in Analogie zu den jeweiligen verwandten Rechtsscheinvorschriften gelöst worden. Diesem Prinzip soll auch in dieser Arbeit gefolgt werden, indem ausschließlich die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht erörtert wird, wobei das Schwergewicht der Betrachtungen auf die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts gelegt wird.

- I. Die Scheinhandelsgesellschaft - Rechtslage vor dem 1.9.1969
1. Die Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister für die Gesellschaft gem. § 15 Abs. 1 HGB

Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages stellt einen internen Vorgang dar und ist für Dritte nicht erkennbar; er allein kann daher keine Rechtswirkungen für Dritte mit sich bringen. Das Handelsregister, das dazu bestimmt ist, die Rechtsverhältnisse der Kaufleute der Öffentlichkeit bekanntzumachen, dient auch hier der Kundgabe an den Geschäftsverkehr. Deshalb sind sämtliche Handelsgesellschaften mit Ausnahme der stillen Gesellschaft eintragungspflichtig. Die Eintragung, die in manchen Fällen konstitutiv wirkt¹, bewirkt gleichzeitig, daß ein Dritter trotz mangelnder Kenntnis sich nicht mehr auf die Nichtexistenz der Gesellschaft berufen kann (§ 15 Abs. 2 HGB). Umgekehrt könnte eine OHG bzw. KG, die durch die Aufnahme ihrer Geschäfte gem. § 123 Abs. 2 HGB ins Leben gerufen worden ist², gegenüber Dritten, die von ihrer Existenz

1 So bei sämtlichen Kapitalgesellschaften und bei der OHG und KG im Falle des § 2 HGB.

2 In diesen Fällen wäre die spätere Eintragung nur noch deklaratorisch.

bisher keine Kenntnis hatten, keine besonderen Rechte geltend machen (§ 15 Abs. 1 HGB)¹.

Ebenso wäre die Auflösung einer Gesellschaft oder das Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters² eine "einzutragende Tatsache" i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB. Ein Dritter kann sich auf das Fortbestehen der Gesellschaft verlassen, solange nicht die Eintragung der Auflösung vorgenommen worden ist. Das gilt auch für den Fall, daß das Entstehen der Gesellschaft selbst nie in das Handelsregister eingetragen worden ist³. § 15 Abs. 1 HGB stellt somit einen gesetzlich geregelten Rechtsscheintatbestand dar, wobei die Rechtsfolge unabhängig davon eintritt, wie es zu der Unrichtigkeit des Handelsregisters gekommen ist. Man spricht deshalb hier von einem sog. "reinen Rechtsscheinprinzip"⁴, das häufig dem "Veranlassungsprinzip" gegenübergestellt wird, um damit deutlich zu machen, daß nicht nur ein eigenes Verhalten zu einer Rechtsscheinhaftung führen kann⁵.

Das Vertrauen im Rahmen des § 15 Abs. 1 HGB wird also auch dann geschützt, wenn der Betroffene an dem Ent- oder Fortbestehen des Rechtsscheins nicht mitgewirkt hat oder wenn er die Berichtigung des Registerinhaltes nicht mehr vornehmen konnte, weil er etwa geschäftsunfähig geworden ist. Die Rechtsfolge des § 15 Abs. 1 HGB kann u. U. für den Betroffenen sehr hart sein. Dabei muß betont werden, daß eine derartige weitgehende Haftung nur in gesetzlich geregelten Fällen anzuerkennen ist, die

1 Sog. Grundsatz der "negativen Publizität".

2 Zum Ausscheiden eines Gesellschafters vgl. unlängst BGH NJW 1976,569; LG Stuttgart, BB 1977, 413.

3 Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 5.

4 Nitschke, JuS 1968,541; Westermann, JuS 1963,1,6; Canaris, a.a.O., 471.

5 Westermann, JuS 1963,6; zum Veranlassungsprinzip vgl. unten B I 2. a) bb).

als Ausnahmetatbestände aufzufassen sind und stark begrenzt sein müssen. Zusätzlich ist als Haftungsgrund ein besonders schwerwiegendes Schutzinteresse Dritter zu fordern. Beides trifft für § 15 Abs. 1 HGB zu, der eine starke Sicherung des Rechtsverkehrs bezweckt und dessen Regelungsinhalt sehr begrenzt ist. Nur eine eintragungspflichtige Tatsache, die ursprünglich mit der wahren Rechtslage übereinstimmte, gilt danach in Zukunft fort, solange die Änderung der wirklichen Verhältnisse nicht eingetragen wird¹. Ein Dritter kann sich demnach gem. § 15 Abs. 1 HGB nur auf das Schweigen des Handelsregisters verlassen.

2. Die anfänglich unrichtige Eintragung als Tatbestand einer Rechtsscheinhaftung

Ein Rechtsschein liegt aber nicht nur vor, wenn das Handelsregister seinem Inhalt nach unrichtig geworden ist, sondern auch dann, wenn eine abstrakt eintragungspflichtige Tatsache² von Anfang an unrichtig eingetragen worden ist. In diesen Fällen ist das Bedürfnis, das Vertrauen Dritter zu schützen, nicht geringer als in dem gesetzlich geregelten Fall. Daher wurde diese Regelungslücke durch die Rechtsprechung³ und Lehre⁴ ergänzt.

1 Sog. "sekundäre Unrichtigkeit des Handelsregisters" - Westermann, JuS 1963, 4.

2 Ausführlich zum Begriff der abstrakt eintragungspflichtigen Tatsachen unten B II 2 b.

3 RGZ 40, 146 ff.; 51, 33 ff.; 76, 439 ff.; 89, 99 ff.; 93, 227 ff.; 142, 98 ff.; 164, 115 ff.

4 Schlegelberger-Hildebrandt, § 5 Anm. 7 ff.; § 15 Anm. 20 ff.; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5 Rdnr. 11 ff., § 15 Rdnr. 22; Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 21 ff.; Baumbach-Duden, § 15 Anm. 4 B; J. v. Gierke, a.a.O., § 12 V, Hueck, oHG, § 5 III; Ehrenberg, a.a.O., S. 644 ff.

Wird ein nicht bestehendes Gesellschaftsverhältnis in das Handelsregister eingetragen, so kann der Allgemeinheit nicht zugemutet werden, den Inhalt der Eintragung auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen. Vielmehr muß das Vertrauen in die Annahme geschützt werden, daß nunmehr eine Gesellschaft entstanden ist. Ein derartiger Verkehrsschutz erscheint auch deshalb notwendig, da es den Dritten oftmals nicht möglich sein wird, den Eintragungsinhalt auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen. Man stelle sich vor, daß ein Gesellschaftsvertrag nur zum Schein abgeschlossen worden ist. Derartige subjektive Vorbehalte der Beteiligten kann ein Dritter nicht durchschauen. Im übrigen würde eine Überprüfungspflicht den Rechtsverkehr unerträglich erschweren. Der Handel mit Personengesellschaften würde zu einem unabwägbaren Risiko.

Aus Gründen der Billigkeit ist ein Schutz des Geschäftsverkehrs dergestalt zu fordern, daß der Scheingesellschafter wie ein wahrer Gesellschafter behandelt wird¹.

Doch zeitigt der Rechtsschein allein noch nicht die Rechtsfolge, sondern stellt nur eine Tatbestandsvoraussetzung dar. Bei einer unrichtigen Eintragung ist das Vertrauen Dritter stets gleich, unabhängig davon, wie es zu der Unrichtigkeit gekommen ist. Für den Betroffenen stellt sich die Rechtslage dagegen recht unterschiedlich dar, wie es folgender Beispielsfall verdeutlichen möge. Die Gesellschafter A und B erwirken die Eintragung des finanzkräftigen C als Mitglied ihrer oHG in das Handelsregister. Nur in Hinblick auf die Kreditfähigkeit des C liefert X weiterhin Waren. Für eine spätere Haftung des C kommt es entscheidend darauf an, ob er völlig ahnungslos war oder ob er es bewußt unterlassen hat, das Vorgehen des A und B zu unterbinden.

1 Vgl. die in Fn. 4 auf S. 9 Genannten.

Es gilt daher im folgenden näher zu untersuchen, wann das Interesse des von dem unrichtigen Rechtschein Betroffenen, von den Folgen des Rechtscheins befreit zu werden, hinter dem Haftungsinteresse des gutgläubigen Dritten zurücktritt.

a) Die Zurechenbarkeit der Eintragung zu Lasten des Scheingesellschafters

Der durch das Gewohnheitsrecht entwickelte Gutgläubensschutz im Handelsrecht erfordert nach einhelliger Auffassung¹ ein zurechenbares Verhalten desjenigen, gegen den die Rechtsscheinwirkungen in Anspruch genommen werden sollen.

Es setzt also eine Verantwortlichkeit des Betroffenen voraus, die gewisse Personen generell nicht übernehmen können. Mit ihnen setzt sich die Darstellung zunächst auseinander, um im Anschluß zu klären, welche Verhaltensweisen geeignet sind, die Verantwortlichkeit des Scheingesellschafters zu begründen.

aa) Verantwortungsunfähige Personen

Da die Rechtsfolge der Rechtsscheinhaftung in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, ist zunächst die Frage zu klären, ob den Betroffenen eine derartige Verantwortung überhaupt treffen kann. Nach Maßgabe der §§ 104 ff. BGB ist der Geschäftsunfähige² von den Folgen seiner rechtsge-

1 Z. B.: Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 15 Anm. 15; Brüggemann in Großkomm. HGB Anhang zu § 5 Anm. 4; Würdinger ebenda, § 15 Anm. 21 ff.; Canaris, a.a.O., S. 479 ff.; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5 Anm. 15; Westermann, JuS 1963, S. 6/7.

2 Die folgenden Ausführungen gelten auch für den beschränkt Geschäftsfähigen, der ohne Zustimmung des Vertreters gehandelt hat.

schäftlichen Handlungen freizustellen. Den Schutz dieses Personenkreises erachtet das Gesetz gegenüber dem Vertrauen der an einem solchen Rechtsgeschäft Beteiligten als vorrangig an. Daher schuldet der Geschäftsunfähige weder die Erfüllung einer Verbindlichkeit, noch muß er dem Vertragspartner für den Ersatz des negativen Interesses einstehen. Diese Wertung des Gesetzgebers findet auch in gewissen Fällen einer bereichsrechtlichen Haftung Berücksichtigung. Beispielsweise kann der Vermieter nicht vom Minderjährigen statt des Mieterlöses Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB der gezogenen Nutzungen verlangen. Umgekehrt ist der Verkäufer verpflichtet, an den Minderjährigen den vollen geleisteten Kaufpreis herauszugeben, auch wenn der Kaufgegenstand untergegangen ist. Damit soll eine faktische oder wirtschaftliche Bindung an den unwirksamen Vertrag vermieden werden¹.

Es gilt daher auch für die Tatbestände der Rechtscheinhaftung, den Schutz des Geschäftsunfähigen über den Vertrauensschutz zu stellen², denn die handelsrechtlichen Rechtsscheintatbestände sollen gerade eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit mitbegründen. Wegen dieser engen Verknüpfung zum rechtsgeschäftlichen Verkehr ist es sachgerecht, die §§ 104 ff. BGB entsprechend anzuwenden.

Mit dieser Wertung steht im Einklang, daß nur reine Rechtsscheintatbestände zu Lasten Geschäftsunfähiger wirken, bei denen also ein verantwortungsbeußtes Handeln des Betroffenen nicht notwendig ist³.

1 LG Mannheim, ZMR 1977, 145; Gursky, NJW 1969, 2183-2185; Palandt-Thomas, § 818 Anm. 6 Dc; Flume, Das Rechtsgeschäft, 205; Larenz, Schuldrecht BT, § 70 II.

2 Baumbach-Duden, § 5 Anm. 2 E; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5 Anm. 15; Brüggenmann in Großkomm. HGB, Anhang zu § 15 Anm. 6; RGZ 92, 227; 145, 155; BGHZ 17, 165.

3 Nitschke, JuS 1968, 541.

Auch ein Vergleich mit Fällen der negativen Publizität i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB zwingt zu keinem anderen Ergebnis. Wird eine Person geschäftsunfähig, so haftet sie zwar im Rahmen des § 15 Abs. 1 HGB auch nach dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit¹, d. h. es können für sie Verbindlichkeiten begründet werden. Der maßgebliche Grund dieser gesetzlichen Wertung liegt jedoch darin, daß der Betroffene ursprünglich seinen kaufmännischen Status wirksam begründet und damit gleichsam als Folge das spätere Haftungsrisiko mit übernommen hatte².

bb) Die Zurechenbarkeit nach dem Veranlassungsprinzip

Wie bereits erwähnt, kommt es für die Haftung eines Scheingesellschafters nicht allein auf dessen Eintragung in das Handelsregister an, sondern auf die Herbeiführung der unwahren Rechtslage. Erforderlich ist demnach, daß der Betroffene die Eintragung selbst beantragt bzw. einem Mitgesellschafter oder Vertreter die Zustimmung erteilt hat, eine solche Eintragung zu beantragen. Der Rechtsschein muß also von dem Betroffenen veranlaßt worden sein³.

Ein Verschulden ist darüber hinaus nicht zu fordern⁴. Denn ähnlich wie bei der Abgabe einer Willenserklärung obliegt es dem die Veröffentlichung Veranlassenden, die Konsequenzen seiner Erklärung an die Öffentlichkeit zu beobachten. Erst durch die Veranlassung tritt der Betroffene in eine

1 Vgl. das Beispiel bei Westermann, JuS 1963, 7.

2 von Olshausen, BB 1970, 143.

3 hM: Schlegelberger-Hildebrandt, § 15 Anm. 22; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 15 Anm. 15; Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 22; Westermann, JuS 1963, 7; RGZ 145, 155.

4 A.A. Wieland, Handelsrecht Bd. I, 237.

solche Beziehung zum Rechtsschein, daß es gerechtfertigt ist, ihn entsprechend dem von ihm selbst geschaffenen Status zu behandeln.

Sollte hingegen eine nicht bestehende Gesellschaft auf Betreiben eines Dritten eingetragen worden sein, so kommt eine Haftung der Betroffenen nicht in Betracht, da sie eben nicht den Rechtsschein veranlaßt haben¹. Das gleiche gilt für eine irrtümliche Eintragung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, wenn dabei der Irrtum dem Registergericht unterlaufen ist. Ebenso ist derjenige zu schützen, dessen Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaft vorgetäuscht worden ist. In all diesen letztgenannten Fällen kann jedoch ein anderer gewohnheitsrechtlicher Satz Platz greifen (cc).

cc) Die Zurechenbarkeit nach dem Verschuldungsprinzip

Derjenige, der die Beseitigung einer unrichtigen Eintragung schuldhaft unterläßt, haftet Dritten nach Maßgabe der unrichtigen Eintragung². Voraussetzung ist dann, daß der Scheingesellschafter die unrichtige Eintragung kennt oder zumindest hätte kennen müssen. In diesen Fällen ist er verpflichtet, unverzüglich die Berichtigung des Handelsregisters zu beantragen. Beide Prinzipien grenzen also deutlich ab, wann der Scheingesellschafter sich wie ein wahrer Gesellschafter behandeln lassen muß. Für ihn findet dann vor allem § 128 HGB Anwendung, so daß er für sämtliche Verbindlichkeiten, die im Namen der Scheingesellschaft begründet worden sind, einstehen muß.

¹ Schlegelberger-Hildebrandt, § 15 Anm. 22.

² Ehrenberg, Handelsrecht I, 651; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 15 Anm. 15; Schlegelberger-Hildebrandt/Steckhan, § 5 Rdnr. 15; Capelle, Handelsrecht, § 3 III 4 b; Hueck, oHG, § 5 III (S. 48).

dd) Die Zurechenbarkeit nach dem Risikoprinzip

Neuerdings hat die hL von Canaris Kritik erfahren, indem er Schwächen der beiden Zurechnungsprinzipien aufzeigt und statt dessen ein einheitliches Risiko-
prinzip zur Lösung vorschlägt¹.

Canaris meint, daß die oben dargestellten Prinzi-
pien an einigen inneren Widersprüchen und Ungereimt-
heiten leiden.

Das Veranlassungsprinzip versage nämlich, wenn die
Anmeldung zum Handelsregister richtig war, das Ge-
richt jedoch falsch eingetragen habe². In diesem
Fall will die h.L. in der Tat eine Haftung auf-
grund eigenen Verhaltens des Betroffenen nicht ein-
treten lassen³. Der Autor hält dies vom Standpunkt
des Veranlassungsprinzips aus nicht für folgerich-
tig, als die falsche Eintragung auch hier durchaus
durch den Anmeldenden "veranlaßt" worden sei⁴.

Diesem Vorwurf läßt sich jedoch entgegenhalten,
daß die h.M. dem Begriff eine juristische Inter-
pretation verliehen hat und insofern nicht an den
rein sprachlichen Inhalt anzuknüpfen ist. Nicht
jede Veranlassung schlechthin reicht für eine Haf-
tung aus, sondern nur diejenige, die unmittelbar
zur Falscheintragung geführt hat. Beruht der un-
richtige Registerinhalt auf einer anderen Fehler-
quelle (Registergericht!), so ist er dem Betrof-
fenen nicht ohne weiteres zuzurechnen. Etwas an-
deres kann erst von dem Zeitpunkt an gelten, in
dem der Betroffene von dem Registerinhalt Kennt-
nis erlangt hat.

1 Canaris, a.a.O., 473 ff.

2 a.a.O., § 14 III 2 = S.159.

3 Ehrenberg, a.a.O., 646 ff.; Hueck, OHG, § 5
III (S. 48).

4 a.a.O., § 14 III 2.

Ferner wirft Canaris der h.L. vor, daß das Veranlassungsprinzip in den Fällen des Unterlassens versage¹. Die Heranziehung des Verschuldensprinzips könnte bei der Lösung dieser Fallgruppe zu gewissen Schwierigkeiten führen. Der Autor nennt das Beispiel, "daß der Betroffene eine ohne seine Mitwirkung zustande gekommene Eintragung schuldlos für richtig hält und deshalb ihre Beseitigung unterläßt." Er meint - m. E. allerdings zu Unrecht -, die h.L. müßte hier eine Haftung ablehnen, da sie in derartigen Fällen mit dem Verschuldensprinzip arbeite. Er vergleicht sodann dieses Ergebnis mit einer schuldlos unrichtigen Anmeldung und stellt fest, daß in diesem Fall der Betroffene unzweifelhaft das Richtigkeitsrisiko trage unabhängig von jeglichem Verschulden, denn die h.L. stützt sich hier auf das Veranlassungsprinzip. Völlig zu Recht meint Canaris, daß diese beiden Fälle gleich behandelt werden müßten. In der Tat würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn dem nicht so wäre.

Allerdings ist die von Canaris angenommene Prämisse falsch, daß jemand etwa seine Eintragung als Gesellschafter in das Handelsregister schuldlos für richtig halten darf. Damit würde man unterstellen, daß der Betroffene nicht in der Lage ist, seine eigenen Angelegenheiten zu überschauen. Wer dies nicht kann, haftet schon gem. §§ 104 ff. BGB analog nicht aus Rechtsschein, und zwar unabhängig davon, ob er die Falscheintragung veranlaßt oder nur die Berichtigung unterlassen hat. Folgerichtig behandelt das Verschuldensprinzip als Korrektiv des Veranlassungsprinzips einen anderen Gesichtspunkt. Es beschäftigt sich nur mit der Frage, ob der Betroffene den unrichtigen Registerin-

1 a.a.O., § 38 I 2 (S. 474) - wie auch im folgenden.

halt kannte oder wenigstens hätte kennen müssen. Schuldhaft handelt demnach derjenige, der nicht ins Handelsregister geblickt hat, obwohl nach den Umständen die Anspruchsteller damit rechnen durften.

Wer eine in seinem Namen vorgenommene, unrichtige Eintragung positiv kennt und daraufhin eine Berichtigung nicht für nötig hält, haftet Dritten stets nach Maßgabe des Registerinhaltes, auch wenn er in einem Einzelfall irrtümlich an dessen Richtigkeit glaubt¹.

Was nun die Tauglichkeit des von Canaris entwickelten Risikoprinzips angeht, so soll dieses hier nur kurz erwähnt werden. Vorausgeschickt sei, daß sich mit Hilfe des Risikoprinzips "an den Endergebnissen so gut wie nichts ändert"². In der Praxis können damit sämtliche Prinzipien nebeneinander angewandt werden. Das Risikoprinzip beinhaltet zunächst einen recht unbestimmten Begriff. Es besagt für sich gar nichts, denn es liegt auf der Hand, daß in Fällen einer Rechtsscheinhaftung entweder den Betroffenen oder den vertrauenden Dritten das wirtschaftliche Risiko trifft. Wann und weshalb der Betroffene das Risiko tragen muß, bedarf einer näheren Erörterung. Canaris hat dazu verschiedene Anknüpfungspunkte herausgearbeitet³. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß denjenigen die Haftung trifft, der

- 1.) positive Kenntnis vom Scheincharakter eines Scheintatbestandes hatte,

1 Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt, § 15 Anm. 22.

2 a.a.O., § 14 III c.

3 Vgl. § 38 III 1 - 8 = S. 481 ff.

- 2.) sich zwar im Irrtum über die wahre Rechtslage befand, jedoch den Sachverhalt bewußt kundgetan hat und diese Rechtstatsachen ihrer eigenen Zweckrichtung nach zur Grundlage von Rechtsgeschäften Dritter bestimmt sind¹,
- 3.) den Scheintatbestand nur deshalb ohne Erklärungsbewußtsein geschaffen hat, weil er einem Irrtum über die verkehrsmäßig-typisierte Bedeutung seines Verhaltens erlag,
- 4.) den Scheintatbestand zwar ohne Erklärungsbewußtsein geschaffen hat, das Fehlen dieses Bewußtseins aber seinen Grund in den spezifischen Organisationsrisiken eines kaufmännischen Unternehmens hatte.

ee) Stellungnahme

Insgesamt halte ich die h.L. für vorzugswürdig. Mit Recht weisen Hildebrandt-Steckhan² darauf hin, "daß es sich auch bei dem Veranlassungs- und Verschuldensprinzip um eine Risikoverteilung handelt, bei der dem Scheinkaufmann die Verantwortung für die richtige Offenlegung der in seinen Geschäftskreis fallenden rechtserheblichen Umstände nach Maßgabe der ihm zumutbaren Sorgfalt zugeteilt wird".

Die von der h.L. herausgearbeiteten Anknüpfungspunkte dürften aber für die Praxis einprägsamer und leichter handzuhaben sein. Da sie, wie ja auch Canaris einräumt, zu richtigen Endergebnissen führen, dürfte ihnen auch in Zukunft zu folgen sein.

1 Nach Canaris sog. drittgerichtete Rechtstatsachen; vgl. S. 485.

2 In Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5 Rdnr. 15 c.

b) Der gute Glaube

Da die Bindung an die Eintragung lediglich dem Verkehrsschutz dient, greift sie nur zugunsten gutgläubiger Dritter Platz. Wer die wahre materielle Lage kennt, muß diese gegen sich gelten lassen. Da bei der Eintragung ein staatliches Organ mitwirkt, besteht für den Inhalt normalerweise eine hohe Richtigkeitsgewähr. Deshalb wird man einen guten Glauben des Dritten nur verneinen können, wenn er die wahre Rechtslage positiv kennt¹, wobei der Gegner ihm diese Kenntnis beweisen muß².

1 Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 23; Ehrenberg, a.a.O., S. 649; J.v.Gierke, a.a.O., § 12 V (S. 64); a.A.: Heymann-Kötter, Vor § 15 Anm. 3 a.E. Kötter verneint die Gutgläubigkeit des Dritten schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis von der Wirklichkeit. Dies halte ich nicht für richtig. Vgl. dazu die Ausführungen im Text; auch Sandrock in Gierke - Sandrock I, § 12 III 2 b c (S. 169) meint, grob fahrlässige Unkenntnis beseitige die Gutgläubigkeit. Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan plädieren für Fahrlässigkeit, ohne sich auf das Maß festlegen zu wollen, § 5 Rdnr. 16a. Es ist jedoch zu bedenken, daß die beiden zuletzt genannten Quellen sich generell auf die gewohnheitsrechtlichen Rechtsscheinsätze im Handelsrecht beziehen und nicht speziell die unrichtige Registereintragung betreffen. Für den außerhalb des Registers erzeugten Rechtsschein (vgl. B I 3) kann in der Tat die Gutgläubigkeit des Dritten schon bei fahrlässiger Unkenntnis von der Wirklichkeit entfallen. Ob nun Sandrock und Hildebrandt-Steckhan zu dem hier angesprochenen Problem eine andere Meinung vertreten, läßt sich den Ausführungen nicht zweifelsfrei entnehmen. Nach RGZ 76,439 (441) und RGZ 149,25 (28) zerstört grob fahrlässige Unkenntnis auch die Gutgläubigkeit des Dritten. Das Reichsgericht gelangte zu dieser Ansicht aber auf einem ganz anderen Weg. Es faßte die Eintragung ins Handelsregister als eine "Erklärung an die Öffentlichkeit" auf, die einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung angeblich entsprach. War nun die Eintragung aufgrund einer arglistigen Täuschung zustande gekommen, so führte dies zu einer Anwendung des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB mit der Folge, daß der Dritte, der die Täuschung hätte kennen müssen, sich nicht auf die Eintragung berufen konnte. RGZ 164,115 (122 f.) ging dann sogar soweit, daß nicht die Kenntnis sondern das Kennenmüssen von dem Täuschungstatbestand

Grobe Fahrlässigkeit wird man ihm nicht zur Last legen können, da ihn keine Überprüfungspflicht hinsichtlich der Richtigkeit des Registerinhalts trifft. Da in Abs. 1 und in Abs. 3 des § 15 HGB jeweils nur positive Kenntnis den guten Glauben zerstören kann, ist es durchaus angebracht, bezüglich einer unrichtigen Registereintragung denselben Gutglaubensmaßstab zugrunde zu legen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Registereintragung in der Öffentlichkeit weniger Vertrauen genießen soll als die Bekanntmachung i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB. Allerdings kann u. U. das Vorschützen grob fahrlässiger Unkenntnis derart frivol sein, daß das Gericht aufgrund freier Beweiswürdigung zu dem Schluß kommen kann, der Anspruchsteller habe in Kenntnis der Unrichtigkeit der Handelsregistereintragung gehandelt¹.

die Haftungsgrundlage zerstören konnte, sondern der Betroffene war gezwungen, dem Dritten die Anfechtung gem. § 143 Abs. 2 BGB zu erklären. Die Lehre über die sog. "Erklärung an die Öffentlichkeit" dürfte heute als überkommen angesehen werden (vgl. dazu B I 2 c und Bürck, AcP 171, 346-348), so daß die zitierten Entscheidungen kaum mehr verwertbar sind.

2 Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 23; Ehrenberg, a.a.O., S. 649.

1 Bsp.: Architekt A wird fälschlicherweise als Mitglied der Fritz Schulz oHG ins Handelsregister eingetragen, die sich mit dem Kfz-Handel befaßt. Wenn nun Gläubiger G dieser oHG den A gut kennt und weiß, daß A beabsichtigte, der Franz Schulz oHG beizutreten, die als Baugesellschaft werbend tätig ist, dann wird man unterstellen dürfen, daß G den Irrtum des A anläßlich des Eintragungsantrags erkannt hat. Folglich kann G nicht damit gehört werden, er habe geglaubt, A habe sich in einer für ihn fremden Branche betätigen wollen.

c) Der Kausalzusammenhang zwischen dem Vertrauen und der Disposition

Der Dritte muß nachweisen, daß er im Vertrauen auf die Eintragung sein eigenes Verhalten bestimmt hat¹. Beispielsweise hätte der Warenlieferant den Abschluß eines Vertrages mit einer oHG unterlassen, wenn er vorher gewußt hätte, daß ihm die Gesellschafter nicht mit ihrem Privatvermögen haften. Diese Kreditbasis darf ihm später nicht entzogen werden. Das Reichsgericht² hatte demgegenüber folgenden Fall zu entscheiden: L lieferte Waren an den Einzelhandelskaufmann A. Später, nachdem sämtliche Lieferungen erfolgt waren, trat B als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft des A ein (§ 28 Abs. 1 HGB). Die oHG wurde alsbald in das Handelsregister eingetragen. A hatte dem B anlässlich des Aufnahmevertrages die Schuldenfreiheit seines Geschäftes vorgespiegelt. Als B dies erfuhr, focht er den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 123, 143 BGB an. L verlangte dennoch von B Zahlung der Altschulden des A gem. §§ 28 Abs. 1, 128 HGB. Das Reichsgericht gab dem Begehren statt, da es in der Eintragung der oHG in das Handelsregister eine "Erklärung des B an die Öffentlichkeit" erblickte, für sämtliche Verbindlichkeiten der oHG und damit auch für die Altschulden des A (§ 28 Abs. 1 HGB) eintreten zu wollen. Diese Entscheidung wurde schon frühzeitig kritisiert³, da der Eintragung eine zu große Bedeutung beigemessen worden sei. Mit der Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregi-

1 Baumbach-Duden, § 5 Anm. 2 C; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5 Rdnr. 17, § 15 Rdnr. 22; offen gelassen bisher von BGHZ 17, 13 (18); 22, 234 (238).

2 RGZ 142, 98 ff, Sachverhalt gekürzt wiedergegeben; ähnlich bereits: RGZ 76, 439; 89, 97; das Reichsgericht hielt später an der Entscheidung fest: RGZ 164, 115.

3 Larenz, JW 1934, S. 224-227; Düringer-Hachen-

ster bekundet der beitretende Gesellschafter weder ausdrücklich noch stillschweigend seinen Rechtsfolgewillen, von nun an für die Schulden des Einzelhandelskaufmannes haften zu wollen. Vielmehr erfüllt er mit der Anmeldung nur eine gesetzliche Pflicht (§ 106 HGB!).

Die Eintragung stellt daher eine deklaratorische Mitteilung dar; mit ihr will der Betroffene nicht konstitutiv Verbindlichkeiten begründen. Rechtswirkungen, die an sie geknüpft werden sollen, müssen sich aus dem Gesetz oder einem gewohnheitsrechtlich anerkannten Satz ergeben. Sie können dagegen nicht auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen des Betroffenen gestützt werden. Denn dieser gibt rechtsgeschäftliche Erklärungen allein seinem Vertragspartner gegenüber bei der Gründung der Gesellschaft ab. Sie haben den Inhalt, Teilhaber des Unternehmens zu werden. Mit Wirksamkeit des Vertrages will der Beitretende gegenüber seinem Partner und Dritten alle Rechte und Pflichten eines Gesellschafters wahrnehmen. Ist der Beitrittsvertrag unwirksam, dann liegt ein derartiger rechtsgeschäftlicher Wille nicht vor. Es ist daher eine reine Unterstellung anzunehmen, der Gesellschafter wolle auch für den Fall der Nichtigkeit des Vertrages für die Verbindlichkeiten des Unternehmens eintreten¹.

Entscheidend ist daher allein, ob der Altgläubiger seinen Anspruch auf einen Rechtsscheintatbestand stützen kann. Dies wird in der Regel für den

1 Bürck, AcP 171, 347; auch Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 70 erkennt an, daß die sog. Altgläubiger unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht schutzwürdig sind. Der Autor würde die Sachlage aber anders beurteilen, soweit die Voraussetzungen des Rechtsinstituts der 'fehlerhaften Gesellschaft' gegeben sind.

geschilderten Fall nicht zutreffen, da der erzeugte Rechtsschein für seine EntschlieÙung nicht kausal war. B's vermeintlicher Beitritt in das Geschäft des A beeinflusste L in keiner Weise. Daß der Altgläubiger andererseits ohne sein Zutun einen zusätzlichen Schuldner erhalten soll, erscheint wenig gerechtfertigt. Eine Haftung des B kraft veranlaßten Rechtsscheins ist daher zu verneinen¹. Eine Ausnahme wäre nur dann geboten, wenn der Altgläubiger im Vertrauen auf das neue Unternehmen etwa seine Forderungen stundet. Für sog. Neuschulden gilt hingegen folgendes. Grundsätzlich ist auch hier zu fordern, daß der Dritte bei seinem Verhalten auf den Rechtsschein vertraut hat. Doch handelt es sich dabei um eine innere Tatsache, die nur schwer zu beweisen ist. Daher genügt es, wenn der Dritte darlegt, daß zum Zeitpunkt seiner Disposition eine Eintragung vorlag, denn im übrigen ist davon auszugehen, daß der Dritte auf den Rechtsschein vertraut hat². Es obliegt demnach dem Betroffenen, den Beweis zu führen, daß der Dritte ausnahmsweise seine Dispositionen nicht im Hinblick auf den erzeugten Rechtsschein getroffen hat. Diese Beweislastumkehrung erhöht den Vertrauensschutz erheblich.

1 L ist auf eine Haftungsgrundlage kraft veranlaßten Rechtsscheins nach der neueren Rechtsprechung nicht angewiesen, da B bereits nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft haftet (vgl. BGHZ 44, 235 ff. und BGH NJW 1972, 1466). Die Rechtsprechung müÙte sich mit dem behandelten Problem befassen, wenn B nur zum Schein beigetreten wäre und sich hätte eintragen lassen, in Wirklichkeit am Geschäftsleben aber nie teilgenommen hätte. Hier wendet die Rechtsprechung die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht an (vgl. BGHZ 11, 190 ff.; BGH NJW 1953, 120).

2 BGH NJW 1955, 985; Brüggemann in Großkomm. HGB, Anhang zu § 5 Anm. 6; Schlegelberger-Hildebrandt, a.a.O., § 15 Anm. 13; Würdinger, in Großkomm. HGB § 15 Anm. 23; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, a.a.O., § 5 Rdnr. 17; Canaris, a.a.O., S. 157.

3. Andere Publikationsarten als Tatbestände einer Rechtsscheinhaftung

Die oben aufgezeigten Grundsätze gelten entsprechend, wenn der äußere Anschein einer Gesellschaft durch andere Handlungen hervorgerufen worden ist. Beispielsweise kann der Geschäftsverkehr bei der Eröffnung eines Geschäftsbetriebes i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB durch mehrere Beteiligte auf die Existenz einer Gesellschaft schließen. Werbeanzeigen einer angeblichen Gesellschaft in einer Zeitung oder das Versenden eines Rundschreibens an Kunden erzeugen ebenfalls einen Rechtsschein.

Schließlich genügt es, daß gegenüber einzelnen Vertragspartnern ein Gesellschaftsverhältnis vorge täuscht wird. Sogar schlüssiges Verhalten kann im Verkehr wie eine Haftungserklärung aufgefaßt werden. Darum darf es niemand bewußt dulden, daß ein Pseudogesellschafter ständig mit in seinem Namen auftritt¹.

Maßgeblich ist somit das Verhalten einer Person oder Personenmehrheit, das in jedem Einzelfall auf seinen objektiven Erklärungswert hin überprüft werden muß. Unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände muß sich dabei der Rechtsscheintatbestand eindeutig ermitteln lassen. Aus dem Gesagten folgt, daß, selbst wenn einem Verhalten eine Rechtsscheinbedeutung beizumessen ist, der erzeugte Rechtsschein dennoch von Fall zu Fall unterschiedlich starker Prägung sein kann. Insofern können sich, was die Haftung des Betroffenen angeht, Abweichungen zu den obigen Ausführungen² ergeben. Praktische Auswirkungen hat dies insbesondere bezüglich der Gutgläubigkeit des Dritten. Tritt jemand ausdrück-

1 Hueck, OHG § 5 III; Brüggenmann in Großkomm. HGB, Anhang zu § 5 Anm. 5; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5 Rdnr. 13; Westermann, GesR, Rdz. 105.

2 Vgl. B I 2.

lich als Gesellschafter einer Handelsgesellschaft auf, so trifft den Vertragspartner keine Nachforschungspflicht, ob diese Gesellschaft tatsächlich besteht. Der Pseudogesellschafter muß sich vielmehr an den von ihm in Anspruch genommenen Status festhalten lassen¹, es sei denn, daß der Dritte positive Kenntnis von der wirklichen Rechtslage hatte².

Fehlt ihm diese Kenntnis, so ist er unter Umständen nur dann nicht schutzwürdig, wenn die wirkliche Rechtslage im Handelsregister gem. § 15 Abs. 2 HGB eingetragen worden ist³. In diesen Fällen verstößt der Dritte nämlich in der Regel gegen seine Sorgfaltspflichten, wenn er nicht ins Handelsregister geblickt hat⁴. Das Ausmaß der Nachforschungspflichten kann für den Dritten recht unterschiedlicher Natur sein. Es richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, so daß den Dritten einmal nur positive Kenntnis, einmal grobe Fahrlässigkeit oder auch einmal leichte Fahrlässigkeit schaden kann⁵.

Schließlich sei angemerkt, daß der außerhalb des Registers erzeugte Rechtsschein ausdrücklich auch nach der Rechtsprechung für die Disposition des Dritten ursächlich gewesen sein muß, so daß an den Gutglaubensschutz wenigstens in der Praxis diesbe-

1 Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, a.a.O., § 5 Anm. 16 c.

2 Ebenda.

3 So BGH JZ 1971, 334-335 = JuS 1970, 471 = BB 1970, 684; dagegen BGH BB 1972, 1159, BGH DB 1978, 78 ff.

4 Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, a.a.O., § 5 Anm. 16 b.

5 Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, a.a.O., § 15 Anm. 16 a; BGH JZ 1971, 335 bietet hierfür ein gutes Beispiel, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger als bösgläubig anzusehen ist, während BGH DB 1978, 78 ff. ein Gegenbeispiel darstellt. Beide Urteile machen deutlich, wie sehr die Entscheidung von der Beurteilung der konkreten Einzelheiten abhängt.

züglicher strengere Anforderungen gestellt werden¹. Darüber hinaus verbleibt es hier bei den allgemeinen Beweislastregeln. Allenfalls können die Grundsätze des prima-facie-Beweises angewendet werden. Der BGH geht seit längerem davon aus, daß für die Ursächlichkeit des Verhaltens die Erfahrungen des täglichen Lebens sprechen².

Die bisherigen Erörterungen sollen noch mit einem in letzter Zeit häufig diskutierten Fall abgerundet werden, bei dem es um die Frage geht, inwieweit ein Scheinkommanditist für Verbindlichkeiten einer als KG aufgetretenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts haftbar gemacht werden kann. Der Bundesgerichtshof hatte sich mit diesem Problem in seiner Entscheidung vom 25.6.1973 auseinanderzusetzen³. Dem Urteil lag folgender, vereinfacht wiedergegebene Sachverhalt zugrunde:

Ein Bauunternehmen, welches ursprünglich in der Rechtsform einer GmbH gegründet worden war, sollte in eine GmbH & Co. KG umgewandelt werden. Gesellschafter, Mitarbeiter und Lieferanten der GmbH traten dem neuen Unternehmen als Kommanditisten bei, während die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin das Bauunternehmen mit allen Aktiven und Passiven in die KG einbrachte. Der Gründungsvertrag der KG wurde in notarieller Form geschlossen, ein Eintragungsantrag zum Handelsregister wurde nicht gestellt. Die KG führte das Bauunternehmen der GmbH unter der neuen Firma fort. Der Geschäftsführer der GmbH ging im Namen der KG erhebliche Verbindlichkeiten ein. In dem Prozeß

1 BGHZ 17,13 ff.(18); BGHZ 22,234 ff.(238); vgl. oben B I 2 c.

2 BGHZ 17,19; BGH WM 1960,1326 ff.(1329/1330); BGH NJW 1966,1917; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 15. Auch bei den Beweislastregeln ist m. E. wiederum auf die Intensität des Rechtsscheins abzustellen.

3 BGHZ 61,59.

klagte ein Gläubiger u. a. gegen die im Gesellschaftsvertrag als Kommanditisten bezeichneten Gesellschafter, um sie persönlich für die Verbindlichkeiten der KG in Anspruch zu nehmen.

Der BGH hatte sich bereits in einem früheren Urteil, das dieselbe GmbH & Co. KG betraf¹, mit der Frage befaßt, ob die KG zur Entstehung gelangt sei. Mit Rücksicht darauf, daß das Bauunternehmen der GmbH nicht unter § 1 Abs. 2 HGB fiel, verneinte er dies. Die KG hätte also erst durch eine konstitutive Eintragung gem. § 2 HGB zur Handelsgesellschaft werden können. Mithin handelte es sich bei dem neuen Unternehmen um eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts². Damit stellte sich zunächst die Frage, ob die Scheinkommanditisten, ohne auf Rechtsscheingrundsätze zurückgreifen zu müssen, nicht schon in ihrer Rolle als BGB-Gesellschafter haftbar gemacht werden konnten. Für Verbindlichkeiten der BGB-Gesellschaft müssen deren Mitglieder grundsätzlich mit ihrem gesamten Vermögen einstehen, d. h. sowohl mit dem gesamthänderisch gebundenen Anteil als auch mit ihrem privaten Vermögen. Die Gesellschafter können aber ihre persönliche Haftung ausschließen und auf das Gesamthandsvermögen beschränken³. Dies geschieht über die Beschränkung der Vertretungsbefugnis gem. § 714 BGB, wenn im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß der geschäftsführende Gesellschafter seine Geschäftsführungsbefugnis nur insoweit

1 BGHZ 59,179 = NJW 1972,1660.

2 Der Normenkomplex der §§ 705 ff. BGB hat hier insoweit eine Auffang-Funktion, als ihm, ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten, alle Gesellschaften unterstellt werden, die, aus welchen Gründen auch immer, nicht Handelsgesellschaften sind. Vgl. Teichmann-Schick, JuS 1975,18 m.w.N.

3 BGHZ 61,59(67); Palandt-Thomas, § 714 Anm. 3 c; Westermann, GesR, Rdz. 379; Binz, Haftungsverhältnisse, S. 32; Teichmann-Schick, JuS 1975,21.

ausüben darf, als aus Rechtsgeschäften lediglich das Gesamthandsvermögen verpflichtet wird. Gegenüber Dritten wirkt diese Abrede zwar erst, wenn sie erkennbar geworden ist¹, da die beschränkte Geschäftsführungsmacht dann gleichzeitig die Vertretungsmacht einengt. Diese beiden Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall aber gegeben. Die Scheinkommanditisten hatten in dem Gesellschaftsvertrag erklärt, daß sie für Gesellschaftsschulden nur in Höhe ihrer Einlagen haften wollten, also damit nur mit dem Gesamthandsvermögen. Ihr Privatvermögen sollte dagegen nicht in Anspruch genommen werden können. Diesen Willen konnte der Gläubiger auch erkennen, da die Gesellschaft als 'KG' aufgetreten war².

Der Erfolg der Klage hing damit davon ab, ob die Scheinkommanditisten für die Verbindlichkeiten aus Rechtsschein eintreten mußten, den sie dadurch in zurechenbarer Weise veranlaßt hatten³, daß sie die Fortführung der Baugeschäfte der GmbH im Namen der "Kommanditgesellschaft" ausdrücklich gebilligt hatten. Da sie die Einlagen - wenigstens zum Teil⁴ - geleistet hatten⁵, spitzte sich die Frage auf das

1 Lehmann-Dietz, GesR, § 14 II; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 714 Anm. 9; Westermann, GesR, Rdz. 379; über das Ausmaß der Offenkundigkeit bestehen Meinungsverschiedenheiten; vgl. dazu die zusammenfassende Darstellung bei Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter, S. 15 ff. Der Streitstand hat für die Beurteilung des Falles keine Bedeutung.

2 BGHZ 61,67; Teichmann-Schick, JuS 1975,22; Binz, Haftungsverhältnisse, S. 35.

3 Vgl. dazu oben B I 2 a) bb).

4 Einige Kommanditisten hatten ihre Einlagen durch Verrechnung von Forderungen gegenüber der GmbH erbracht. Zur Leistung der Kommanditeinlage durch Aufrechnung. Vgl. RGZ 63,266 f., BGHZ 61,59(70-72); K. Schmidt, JZ 1974,219(220-221); Teichmann-Schick, JuS 1975,18(23-24).

5 Der Kommanditist haftet nur in Höhe seiner Einlage. Dabei ist entscheidend, wo sich diese befindet. Hat er die Einlage noch nicht in die Gesellschaft eingebracht, so kann er in Höhe des Betrages mit seinem Privatvermögen in Anspruch genommen werden. Ist die Einlage ins Gesellschaftsvermögen überführt, haftet nur noch das Gesamthandsvermögen der Gesellschaft.

Problem zu, ob § 176 Abs. 1 S. 1 HGB gegen die Scheinkommanditisten anzuwenden ist¹. Der BGH verneinte die Anwendung mit dem Satz, die Rechts-scheinhaftung dürfe nicht weitergehen als die Haftung ginge, wenn der Schein der Wirklichkeit entspräche². Die Überlegung fußt auf der Erkenntnis, daß eine KG, die kein Grundhandelsgewerbe betreibt, nur kraft einer Eintragung zu einer Handelsgesellschaft werden kann. Diejenigen, die diesen Sachverhalt vorspiegeln, müssen sich dann gegenüber vertrauenden Dritten nur so behandeln lassen, als ob die KG eingetragen wäre. Für die eingetragene KG ist § 176 HGB jedoch nicht anwendbar. Flume³ hat dagegen geäußert, die fälschliche Firmenbezeichnung 'KG' erzeuge den Rechtsschein einer n i c h t eingetragenen Kommanditgesellschaft und begründe deshalb die Haftung nach § 176 Abs. 1 S. 1 HGB.

Der Einwand ist m. E. deshalb nicht zutreffend, weil der Gläubiger bei einem Unternehmen, das kein Grundhandelsgewerbe gem. § 1 Abs. 2 HGB betreibt und auch nicht im Handelsregister eingetragen ist, eigentlich davon ausgehen müßte, daß es sich um eine BGB-Gesellschaft handelt, m.a.W. er müßte die unrichtige Firmenbezeichnung erkennen. Wenn er dagegen erklärt, er habe das Unternehmen für eine KG gehalten, so beruft er sich damit auf eine entsprechende Handelsregistereintragung. Andernfalls würde man der unrichtigen Ansicht Vorschub leisten, daß es eine n i c h t eingetragene KG gibt, die

1 Dies wurde früher überwiegend angenommen: Vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 176 Anm. 19; Schlegelberger-Geßler, § 176 Anm. 11; Heymann-Kötter, § 176 Anm. 5; Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter, S. 206 und S. 251.

2 BGHZ 61,59(65 ff.).

3 In Festschrift für Harry Westermann, S. 137; so auch Schilling in Großkomm. HGB, § 176 Anm. 19; Schlegelberger-Geßler, § 176 Anm. 11.

kein Gewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB betreibt. Es ist nicht einzusehen, warum eine solche auf einen Rechtsirrtum beruhende Auffassung schutzwürdig sein soll.

Die zutreffende Entscheidung hat mittlerweile im Schrifttum vereinzelt Kritik erfahren¹, überwiegend aber Zustimmung gefunden.² Als Hauptargument gegen das Urteil wird vor allem geltend gemacht, daß der Scheinkommanditist besser gestellt würde als der wirkliche Kommanditist vor Eintragung der KG³. Das darf aber nicht verwundern, denn das Gesetz hat diese Wertungsdifferenz selbst aufgestellt, indem es nur die Kommanditisten einer bestehenden KG bis zu deren Eintragung einer verschärften Haftung unterwirft⁴. Nachdem der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 13.6.1977⁵ seinen Standpunkt bestätigt hat und die gegen seine Ansicht geäußerte Kritik zurückgewiesen hat, wird sich seine Auffassung zumindest in der Rechtsprechung wohl durchsetzen.

1 Beyerle, BB 1975, 944 ff.; G. Fischer, NJW 1973, 2188 ff.; Westermann, GesR, Rdz. 835.

2 Canaris, NJW 1974, 455 ff.; Huber, Festschrift für Hefermehl, S. 132-135; Kollhosser, ZGR 1976, 231 ff.; Teichmann-Schick, JuS 1975, 18 ff.; lediglich im Ergebnis zustimmend auch K. Schmidt, JZ 1974, 219 ff.

3 Beyerle, BB 1975, 945; G. Fischer, NJW 1973, 2189.

4 BGH BB 1977, 1065 (1066).

5 Ebenda.

4. Vertrauensschutz gegen Registerinhalt¹

Die oben erwähnten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 22.1.1970² und vom 8.5.1972³ werfen noch eine Frage in einer anderen Richtung auf. Kann es entgegen einer zutreffenden Registereintragung gem. § 15 Abs. 2 HGB überhaupt eine Rechts-scheinhaftung geben?

Dieses Problem tritt in letzter Zeit häufig dann zutage, wenn etwa ein Einzelhandelsgeschäft der-gestalt in eine GmbH & Co. KG umgewandelt wird, daß der Inhaber zusammen mit einer anderen Person eine GmbH gründet, die sodann als persönlich haf-tende Gesellschafterin in die Firma eintritt, wäh-rend der Inhaber Kommanditist wird. Die Geschäfte der so geschaffenen GmbH & Co. KG werden im allge-meinen von dem früheren Inhaber als Geschäftsfüh- rer der Komplementär-GmbH geführt. Häufig wird die frühere Firma unverändert gem. §§ 22,24 HGB fort-geführt, so daß die Änderung der gesellschaftli- chen Struktur des Unternehmens nicht erkennbar wird⁴. Ähnlich zu beurteilen sind Fälle, in denen eine KG⁵ oder eine oHG⁶ umgewandelt werden, wobei der bzw. die persönlich haftenden Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden und an ihre Stel- le jeweils eine GmbH tritt. Auch hier wird die Änderung der gesellschaftlichen Struktur nicht er- kennbar, wenn die neu errichtete GmbH & Co. KG die frühere Firma unverändert fortführt.

1 Dazu grundlegend: Gotthardt, JZ 1971,312 ff., der allerdings die Neufassung des § 15 Abs. 2 S. 2 noch nicht würdigte.

2 BGH JZ 1971,334-335.

3 BGH BB 1972,1159.

4 BGHZ 62,216 = NJW 1974,1191, BGH NJW 1976,48; OLG Oldenburg, DB 1977,1310.

5 BGH JZ 1971,334; LG Frankfurt, NJW 1975,1522; OLG Frankfurt, DB 1977,1256; OLG Hamm, DB 1977, 2273.

6 BGH BB 1972,1159; BGH BB 1977,1221.

Eine Rechtsscheinhaftung setzt zunächst die firmenrechtliche Vorfrage voraus, ob eine KG, bei der die Komplementärstellung nur durch eine GmbH ausgefüllt wird, einen Zusatz wie GmbH & Co. zu führen hat. Dürfte nämlich die abgeleitete Firma den Namen des alten Unternehmens fortführen, so könnten die Betroffenen keinen von der wahren Rechtslage abweichenden Tatbestand vortäuschen, weil das Gesetz eine derartige Namensgebung gestatten würde.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, auf den firmenrechtlichen Aspekt näher einzugehen. Der BGH¹ steht m. E. zu Recht auf dem Standpunkt, daß eine solche Gesellschaft entsprechend § 4 Abs. 2 GmbHG, § 4 Abs. 2 AktG einen Zusatz wie etwa "GmbH & Co" in die Firma aufnehmen müsse. Die Gesellschaftsform erfreut sich nicht zuletzt wegen des geringeren Haftungsrisikos gegenüber einer normalen Personengesellschaft einer so weiten Verbreitung. Insofern erscheint es nur konsequent, wenn diese Absicht in Zukunft offen beim Namen genannt werden muß.

Folgt man dieser Ansicht, kann durch die unzulässige Firmierung ein Rechtsschein erzeugt werden. Allerdings stellt sich nun die anfangs aufgeworfene Frage, ob einer Haftung der Betroffenen nicht entgegensteht, daß die wirklichen Verhältnisse aus dem Handelsregister zu ersehen sind (§ 15 Abs. 2 HGB).

1 BGHZ 62,216 ff.(227); BGH NJW 1976,48 ff.; BGH BB 1977,1221 f.; zustimmend: LG Frankfurt, NJW 1975, 1522 ff.; LG Köln, GmbH Rdsch. 1975, 60; OLG Hamm, DB 1977,2273; OLG Frankfurt, DB 1977,1256; OLG Oldenburg, DB 1977,1310; Baumbach-Duden, § 161 Anm. 5 D; Schmidt-Salzer, NJW 1975,1481 ff.; Wiedemann, ZGR 1975,354 ff.; kritisch: H.P. Westermann, JZ 1975,327 ff. a.A.: LG Hannover, NJW 1975,2104 f.; LG Oldenburg, NJW 1976,152; Bokelmann, GmbH Rdsch. 1975, 25 ff.; Hesselmann, GmbH Rdsch. 1974,151 f. und 1976,36 f.; Lamers, DB 1974,1966 ff.; Priester, NJW 1975,238 ff.

Während der VII. Senat des Bundesgerichtshofes in seinem Urteil vom 22.1.1970¹, ohne die Besonderheiten des § 15 Abs. 2 HGB zu erörtern, davon ausgehend, daß durch Erklärungen gegenüber dem Geschäftspartner der Rechtsschein einer persönlichen Haftung hervorgerufen werden könne, schloß der II. Senat in seinem Urteil vom 8.5.1972² nach "Wortlaut, Sinn und Zweck des § 15 Abs. 2 HGB eine Haftung nach allgemeinen Rechtsscheinprinzipien aus".

Letztlich gewährte der Senat dennoch unter Durchbrechung des § 15 Abs. 2 HGB einen Haftungsanspruch gem. § 242 BGB, und zwar aus dem Gesichtspunkt des Verbots des venire contra factum populum. Auch § 15 Abs. 2 HGB gibt dem Betroffenen nicht das Recht, seinen Geschäftspartner bewußt zu täuschen und ihn dadurch an einer Überprüfung des Registers zu hindern³.

Diese zutreffenden Erwägungen zwingen also die Betroffenen, die nicht erkennbare Änderung der gesellschaftsrechtlichen Struktur und die daraus resultierende Haftungsbeschränkung zumindest den ständigen Geschäftspartnern mitzuteilen. Die Berufung des Kommanditisten auf die Beschränkung seiner Haftung ist mißbräuchlich, wenn er im Rahmen einer lang dauernden Geschäftsbeziehung tatsächlich den Eindruck erweckt, er hafte unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden, denn unter diesen Umständen kann den Gläubigern ein Blick ins Handelsregister nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden⁴.

1 BGH JZ 1971,334: Wegen der Umstände des Einzelfalles wurde das Vertrauen in den Rechtsschein als ungerechtfertigt angesehen. Vgl. oben B I 3.

2 BGH BB 1972,1159.

3 So auch Wiedemann, ZGR 1975,361.

4 H.P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 264/265.

In der Sache hat der II. Senat einen Vertrauensschutz entgegen § 15 Abs. 2 HGB anerkannt¹, wie er es in seinem Urteil vom 18.3.1974² dann auch selbst betont. Dort heißt es: "Das sich die wirklichen Verhältnisse der Gesellschaft aus dem Handelsregister ergeben und Dritte gemäß § 15 Abs. 2 HGB die bekanntgemachten Handelsregistereintragungen gegen sich gelten lassen müssen, steht der Haftung nicht unbedingt entgegen. Wie in der Rechtsprechung und im Schrifttum anerkannt, kann ein s p e z i e l l e r V e r t r a u e n s t a t b e s t a n d gegenüber der Verlautbarung des Handelsregisters vorrangig sein"³. Der Scheintatbestand einer persönlichen Haftung seitens des Kommanditisten entfällt nicht schon deshalb, weil die Haftungsverhältnisse richtig eingetragen und bekanntgemacht sind. Nur begründet das Vorliegen des Rechtsscheins nicht unbedingt die Rechtsfolge. Da der Dritte in der Regel den Registerinhalt gegen sich gelten lassen muß, bedarf es für die Haftung des Betroffenen besonders enger Voraussetzungen⁴. Sobald nämlich feststeht, daß dem Dritten eine Überprüfung des Handelsregisters nicht zugemutet werden konnte, läuft die Schutzwirkung des § 15 Abs. 2 HGB leer. Dazu müssen jedoch ganz gravierende Umstände vorliegen. Ein Rechtsschein neben einer Registereintragung ist also stets möglich⁵. Ein Vertrauen darin ist trotzdem nur selten schutzwürdig. Die allgemeinen Rechtsscheinprinzipien finden damit gerade doch Anwendung, wobei nur der Gutglaubensmaßstab eine andere Wertung erfährt⁶.

1 Karsten Schmidt, GmbH Rdsch. 1972,238.

2 BGHZ 62,216 ff.

3 a.a.O., 223.

4 Karsten Schmidt, JuS 1977, S. 213; BGH DB 1978,78 ff.

5 Gotthardt, JZ 1971,315 ff.(318).

6 H.P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 265;
Karsten Schmidt, GmbH Rdsch. 1972,238; ders.,
JuS 1977,213; LG Frankfurt, NJW 1975,1523; OLG
Frankfurt, DB 1977,1256; OLG Oldenburg, DB 1977,
1310 f.; OLG Hamm, DB 1977,2273 f.

Im übrigen erfordert die entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 2 GmbHG und des § 4 Abs. 2 AktG für die abgeleitete GmbH & Co. KG, daß die beschränkte Haftung der Gesellschaft schon aus der Firmenbezeichnung, also ohne Einsichtnahme des Handelsregisters, erkennbar wird. Der Zweck dieser Vorschriften würde vereitelt, wenn man trotzdem eine Rechtsscheinhaftung gem. § 15 Abs. 2 HGB grundsätzlich verneinen würde¹.

5. Die Beseitigung des Rechtsscheins

Für den Rechtsscheinbetroffenen von besonderer Bedeutung ist die Frage, wie er den ihn belastenden Vertrauenstatbestand möglichst wirkungsvoll zerstören kann². Das dazu gebotene Mittel beurteilt sich danach, aufgrund welchen Sachverhaltes der Rechtsschein begründet wurde.

a) Die Zerstörung des Rechtsscheins bei unrichtigen oder unvollständigen Registereintragungen

Der durch eine unrichtige Registereintragung hervorgerufene Rechtsschein wird durch eine richtige Eintragung beseitigt. Die Berichtigung stellt stets eine "einzutragende Tatsache" i.S.d. § 15 Abs. 2 HGB dar³, auch wenn damit lediglich kundgetan wird, daß das eingetragene Rechtsverhältnis nie bestanden hat⁴.

1 LG Frankfurt, NJW 1975, 1523.

2 Die Frage muß sich nicht erst aufdrängen, sobald ein Dritter Ansprüche anmeldet; allerdings wird sie spätestens zu diesem Zeitpunkt unausweichlich.

3 Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 15, 22.

4 Dies ist ein wichtiger Unterschied gegenüber der Beseitigung eines außerhalb des Registers erzeugten Rechtsscheins. Vgl. dazu die folgenden Ausführungen unter B I 5 b.

Auch der Rechtsschein einer unrichtig gewordenen Eintragung (§ 15 Abs. 1 HGB) wird durch eine berichtigende Eintragung beseitigt. Allerdings gilt dies erst, wenn eine entsprechende Bekanntmachung hinzukommt (vgl. § 15 Abs. 1 HGB).

Dagegen kennt das HGB im Gegensatz zum Grundbuchrecht (§ 899 BGB) nicht den Rechtsbehelf eines Widerspruchs¹, der in Ansehung des Eintragungsinhalts in das Handelsregister eingetragen werden könnte, um so dessen Richtigkeit in Zweifel zu ziehen. Gerade im Gesellschaftsrecht mag es auf den ersten Blick vorteilhaft erscheinen, die Eintragung eines Widerspruchs in Analogie zu § 892 BGB für zulässig zu erachten.

Wichtige Änderungen des Gesellschaftsverhältnisses bedürfen zu ihrer Eintragung ins Handelsregister der Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter². Verweigert nur einer seine Mithilfe, dann kann zu Lasten der übrigen eine Rechtsscheinwirkung eintreten. Diese Gefahr kann beispielsweise entstehen, wenn jemand aus einer oHG aufgrund eines gültigen Vertrages ausscheidet oder wenn er von der Vertretungsmacht ausgeschlossen wird. Bestreitet er anschließend die Wirksamkeit der Vereinbarung und widerspricht er infolgedessen einer entsprechenden Handelsregistereintragung, dann müßten die übrigen Gesellschafter gem. § 15 Abs. 1 HGB i.V.m. § 128 HGB die Verbindlichkeiten, die er später im Namen der oHG eingeht, erfüllen^{3,4}.

1 Schlegelberger-Hildebrandt, § 5 Anm. 14; Heymann-Kötter, § 8 Anm. 1; Canaris, a.a.O., S. 500.

2 Vgl. z. B. § 125 Abs. 4 HGB, § 143 Abs. 2 HGB.

3 Die Beispiele stammen von Canaris, a.a.O., S. 500.

4 Im Falle des Ausschlusses von der Vertretungsmacht bestünde allerdings die Möglichkeit, die Eintragung im Wege einer einstweiligen Verfügung zu bewirken. Vgl. Hueck, oHG, § 20 IV 4 Fn. 79; Schlegelberger-Geßler, § 127 Anm. 12; Westermann, GesR, Rdz. 222; BGHZ 33, 105 (107).

Trotz der angeführten Beispiele wird man eine Eintragung eines Widerspruchs im Handelsregister mit guten Gründen ablehnen müssen. Die Beurteilung der dargestellten Sachverhalte stellt sich nämlich schon anders dar, wenn der die Eintragung verweigernde Gesellschafter Recht hat. Obwohl die getroffene Vereinbarung nun unwirksam ist, könnten vorsichtige Kaufleute aufgrund des eingetragenen Widerspruchs keine Verträge mehr mit ihm im Namen der OHG schließen, da dem Widerspruch nicht anzusehen ist, ob die im Ausgangsfall oder in der Variante geschilderte Rechtslage zutreffend ist. Zwar können sich die Gläubiger stets an das Privatvermögen ihres Verhandlungspartners halten unabhängig von der Frage, ob dieser aus der Gesellschaft ausgeschieden bzw. von der Vertretungsmacht ausgeschlossen worden ist oder nicht. In dem einen Fall haftet er direkt nach § 128 HGB, in dem anderen nach § 179 Abs. 1 BGB¹. Dabei gehen die Gläubiger jedoch das Risiko ein, sich mit dem negativen Interesse begnügen zu müssen, wenn die Voraussetzungen des § 179 Abs. 2 BGB vorliegen. Außerdem nützt ihnen die Haftung des Verhandlungspartners nicht viel, wenn nur die Gesellschaft selbst die Leistung erbringen kann, wie z. B. die Übereignung eines Grundstücks. Schließlich könnten sie ihre Verbindlichkeiten, die sie bereits wirksam mit der Gesellschaft eingegangen sind, u. U. nicht mehr mit befreiender Wirkung an jenen Gesellschafter erbringen, bezüglich dessen Vertretungsmacht bzw. Mitgliedschaft der Widerspruch zwischenzeitlich eingetragen worden ist.

¹ Canaris, a.a.O., S. 501.

Die Ausführungen machen deutlich, daß die Eintragung eines Widerspruchs in das Handelsregister zu einer unerfreulichen Erschwerung des Handelsverkehrs führen würde¹. Schier unübersichtlich würden die Verhältnisse, wenn z. B. in einer dreigliedrigen oHG jeder Gesellschafter von sich behauptet, nur er sei zur Vertretung berechtigt und demgemäß einen Widerspruch gegen die Vertretungsmacht der beiden anderen eintragen ließe. Die Gesellschaft wäre praktisch vertretungslos.

Im Interesse der interessierten Kaufleute dürfen deshalb nur wahre Tatsachen ins Handelsregister eingetragen werden. Besteht einmal Streit über den Eintragungsinhalt, so muß diese Kontroverse vor dem Prozeßgericht ausgefochten werden, wie es § 16 HGB unmißverständlich zum Ausdruck bringt². Da den Verfassern des HGB der Rechtsbehelf des Widerspruchs bekannt war, kann das Gesetz insoweit nicht als lückenhafte Regelung aufgefaßt werden. Vielmehr handelt es sich hier um ein "beredtes Schweigen", das einen Analogieschluß verbietet.

Der Rechtsschein einer unrichtigen Handelsregistereintragung kann deshalb nicht durch die Eintragung eines Widerspruchs beseitigt werden.³

1 Dem kann man nicht entgegen halten, daß die Eintragung des Widerspruchs nach § 899 BGB auch zu einer Erschwerung eines Grundstücksgeschäftes führen könne, denn hier wird nur die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, nämlich die Obereignung des Grundstücks, betroffen, während im Handelsrecht eine Fülle von Verträgen beeinflusst werden könnten. Im übrigen erhält bei einem Kaufvertrag der Käufer einen etwa entgangenen Gewinn gem. § 440 BGB vom Verkäufer erstattet; so auch Canaris, a.a.O., S. 501.

2 So wie auch im folgenden Canaris, a.a.O., S. 500 ff.

3 Schlegelberger-Hildebrandt, § 5 Anm. 14; Heymann-Kötter, § 8 Anm. 1.

Sind die Rechtsverhältnisse aber im Handelsregister und in den Bekanntmachungsblättern richtig wiedergegeben, dann müssen Dritte diese berichtigende Eintragung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn sie von dieser keine Kenntnis erlangt haben sollten (arg. e. § 15 Abs. 2 S. 2 HGB). Das Gesetz macht damit deutlich, daß der Betroffene nicht zusätzlich sämtliche Geschäftspartner benachrichtigen muß. Dieser Satz gilt zumindest solange uneingeschränkt, wie der Rechtsschein allein durch das Register hervorgerufen worden ist¹, denn kein vernünftiger Kaufmann, der sich auf die Vollständigkeit (§ 15 Abs. 1 HGB) oder auf die Richtigkeit (§ 15 Abs. 3 HGB) des Handelsregisters bzw. der entsprechenden Bekanntmachungen verläßt, darf damit rechnen, daß die einmal veröffentlichten Tatsachen stets unverändert bleiben. Insofern drückt § 15 Abs. 2 HGB nur eine Selbstverständlichkeit aus. Wer sich auf den Inhalt des Handelsregisters berufen will, muß den zum Zeitpunkt seiner Entscheidungen aktuellen Stand des Registers gegen sich gelten lassen. Er kann nicht damit gehört werden, er habe von Änderungen des Registers und der entsprechenden Bekanntmachungen nichts erfahren².

Damit bleibt noch die Frage offen, ob durch eine Bekanntmachung gemäß § 15 Abs. 2 HGB gleichzeitig ein außerhalb des Registers erzeugter Rechtsschein mitbeseitigt wird. Canaris³ bejaht dies mit dem

1 Bsp.: Bei der aus zwei Mitgliedern bestehenden oHG gilt laut GV Gesamtvertretungsmacht (§ 125 II 1 HGB). Eine entsprechende HR-Eintragung (§ 125 IV) erfolgt erst zu einem späteren Zeitpunkt. Aus dem Schweigen des HR können Dritte zunächst darauf vertrauen, daß jeder Ges. Alleinvertretungsmacht besitzt. Dieses Vertrauen wird nicht mehr geschützt, sobald die berichtigende Eintragung erfolgt ist.

2 Der Einwand der unverschuldeten Unkenntnis gilt nur für eine kurze Schonfrist - Abs. II 2.

3 Canaris, a.a.O., S. 500.

Hinweis, daß der Sinn der Bekanntmachung i.S.d. § 15 Abs. 2 HGB darin zu sehen sei, eine zusätzliche Mitteilung an den einzelnen vertrauenden Geschäftspartner zu ersetzen.

Diese im Grundsatz richtige These bedarf jedoch einer Einschränkung. Der Rechtsscheinbetroffene darf einen außerhalb des Registers erzeugten Rechtsschein, nachdem seine Verhältnisse richtig eingetragen worden sind, nicht weiter bestätigen. Wie oben¹ dargestellt wurde, besteht andernfalls für ihn die Gefahr, trotz der Bekanntmachungswirkung des § 15 Abs. 2 HGB in Anspruch genommen zu werden.

b) Die Zerstörung des Rechtsscheins bei Publikationen außerhalb des Handelsregisters bzw. der Amtsblätter

Grundsätzlich läßt sich ein Vertrauenstatbestand dadurch beseitigen, daß er in derselben Weise, wie er begründet wurde, widerrufen wird (gemäß § 171 Abs. 2 BGB analog)².

Dagegen ist das Handelsregister nicht dazu geeignet, Scheinerklärungen mit Wirkung gegenüber der Öffentlichkeit zu vernichten. Weder die Scheingesellschaft noch ein sich zu Unrecht als Mitglied einer wahren Gesellschaft gerierender Scheingesellschafter sind eintragungsfähig. Deshalb kann auch nicht ein außerhalb des Registers erzeugter Rechtsschein durch eine berichtigende Eintragung beseitigt werden^{3,4}. Den Betroffenen bleibt nur

1 Vgl. oben B I 4.

2 Würdinger, § 15 Anm. 5; Canaris, a.a.O., S. 498.

3 BGHZ 17,13 ff.(18).

4 Die Aussage bezieht sich freilich nicht auf jene Fallgruppe, in der der Rechtsschein sowohl durch Scheinbehauptungen des Betroffenen als auch durch eine unrichtige Registereintragung hervorgerufen wird. Hier wird nämlich der außerhalb des Registers begründete Rechtsschein durch die berichtigende Eintragung und Publikation nach § 15 Abs. 2 HGB mitbeseitigt. Vgl. oben B I 5 a.

die Möglichkeit, durch Einzelerklärungen gegenüber ihren bisherigen Geschäftspartnern die Scheinhauptungen zu widerrufen. Haben sie durch öffentliche Verlautbarungen, etwa durch Zeitungsinsertate oder Rundschreiben, den Scheintatbestand gesetzt, so müssen sie auf gleichem Wege ihre Gegenerklärung abgeben¹.

Dagegen ist Canaris² der Auffassung, daß man in gewissen Fällen die Eintragung ins Handelsregister zulassen sollte, um auf diese Weise den Scheintatbestand wirkungsvoll zu beseitigen³. Dies sei der Fall, wenn die unrichtige Kundgabe "in Form einer Erklärung an die Allgemeinheit erfolgt" sei, denn dann stelle die Eintragung die sachgerechteste Form eines Widerrufs gegenüber der Öffentlichkeit dar. Diesem für die Rechtsscheinbetroffenen durchaus wünschenswerten Ergebnis kann nicht zugestimmt werden, da es mit dem eindeutigen Wortlaut des § 15 Abs. 1 HGB nicht zu vereinbaren ist. Insofern ist kaum zu erwarten, daß sich die Ansicht in der Praxis durchsetzen wird. Wenn die Scheintatsache nicht eintragungsfähig ist - worauf der Autor selbst hinweist -, so ist auch eine berichtigende Kundgabe im Handelsregister unmöglich, weil diese Berichtigung keine *V e r ä n d e r u n g* der wahren materiellen Lage wiedergeben würde. Sie stellt somit keine "einzutragende Tatsache" i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB dar⁴.

1 BGHZ 17,13 ff.; Würdinger, a.a.O., § 15 Anm. 5.

2 Canaris, a.a.O., S. 151 Fn. 2.

3 Ebenda.

4 Vgl. aber oben B I 1: Ist die Änderung eines Rechtsverhältnisses eine "einzutragende Tatsache", so bleibt die Eintragungspflicht auch dann bestehen, wenn die Eintragung des Rechtsverhältnisses unterblieben ist. Würdinger, a.a.O., § 15 Anm. 5.

Während bei einer unrichtigen Registereintragung der Rechtsschein grundsätzlich so lange bestehen bleibt, bis er durch eine berichtigende Eintragung beseitigt wird, kann der durch eine Erklärung begründete Rechtsschein durch Zeitablauf erlöschen^{1,2}.

II. Die Bedeutung des § 15 Abs. 3 HGB

Am 1.9.1969 trat das "Gesetz zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts" vom 15.8.1969³ in Kraft, das einen neuen Absatz 3 in § 15 HGB einfügte⁴. Die Vorschrift erfüllte damit u. a. den Normierungsauftrag der benannten Richtlinie⁵, die ihrerseits gemäß Art. 54 Abs. 3 lit g EWG-Vertrag ergangen war⁶.

Die Mitgliedstaaten der EG hatten sich verpflichtet, für Kapitalgesellschaften ein Register zu führen, in das bestimmte Angaben eingetragen werden müssen. Ferner war die Pflicht statuiert, diese Angaben bekanntzumachen und gesetzliche Maßnahmen dahin zu treffen, daß sich im Falle der Abweichung zwischen Registerinhalt und Bekanntmachung Dritte auf den bekanntgemachten Text berufen können, wenn sie den Registerinhalt nicht kennen⁶. Der deutsche Gesetzgeber ist über dieses Ziel in zweierlei Hinsicht hinausgegangen. Zum einen hat er § 15 Abs. 3 HGB nicht auf bekanntzumachende Tatsachen von

1 BGHZ 17,13 ff.(18); Baumbach-Duden, § 5 Anm. 2 F.

2 Bsp.: Betreibt jemand ein Bauunternehmen unter der Bezeichnung "Firma...", obwohl eine Handelsregistereintragung nicht vorliegt, so darf der Rechtsverkehr den Inhaber des Unternehmens als Vollkaufmann (§ 2 HGB!) behandeln. Tritt dieser später nur noch unter seinem bürgerlichen Namen auf, so kann der Rechtsschein erlöschen, obwohl der Inhaber nicht ausdrücklich erklärt hat, daß er kein vollkaufmännisches Gewerbe betreibt.

3 BGBl. 1969 I, S. 1146.

4 Gleichzeitig wurde § 15 Abs. 2 HGB neu gefaßt. Der bisherige Abs. 3 wurde Abs. 4.

5 Abgedruckt im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 11. Jahrgang, Nr. L 65 vom 14. März 1968, S. 8 ff.

6 Zur Bedeutung der Richtlinie vgl. Lutter, Europarecht 1969, 1 ff. und Mossler, Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht, S. 64-84.

Kapitalgesellschaften beschränkt, sondern alle eintragungspflichtige Tatsachen im Handelsrecht der neuen Vorschrift unterworfen. Zum anderen wird der Drittschutz nicht nur bei einer Abweichung der Bekanntmachung von dem Registerinhalt, sondern generell von der wahren materiellen Lage gewährleistet¹.

Das deutsche Ausführungsgesetz versuchte damit, das bisherige Gewohnheitsrecht in Gesetzesform zu fassen. Es erweitert aber den für Eintragungen im Handelsregister bislang gewährten Schutz² nicht unerheblich. Zugunsten des gutgläubigen Geschäftsverkehrs genießen die Bekanntmachungen über Registereintragungen (§ 10 HGB) öffentlichen Glauben.

Es verwundert zunächst, daß die Rechtsfolge des Gesetzes nur an die amtliche Bekanntmachung anknüpft und nicht auch an die Eintragung, der nach deutschem Recht mehr Bedeutung beigemessen wurde als der Bekanntmachung. Die mit der o.g. Richtlinie bezweckte Rechtsangleichung innerhalb der EG ließ sich aber nicht anders verwirklichen. In Anbetracht der Tatsache, daß in den Mitgliedstaaten die Eintragungen in den Handelsregistern recht unterschiedlich geführt werden, hätte sich das gesteckte Ziel kaum verwirklichen lassen, wenn man die Handelsregistereintragung zur Grundlage eines Rechtsscheintatbestandes erklärt hätte. So werden z. B. in Belgien nicht sämtliche Tatsachen eingetragen, die amtlich bekanntgemacht werden. In Frankreich besteht nicht für jedermann ein Anspruch, in das Register zu blicken³. Daher soll einheitlich in allen EWG-

1 Vgl. BT-Drucksache V/3862, S. 10-11 und die Ausführungen unter B II 1 b.

2 Vgl. dazu oben B I 2.

3 Vgl. Bürck, AcP 171,335 m.w.N. in den Fn. 29 und 30.

Staaten auf die Bekanntmachungen abgestellt werden, die zudem in einem zentralen Amtsblatt erfolgen sollen. Eine solche Informationsquelle ist dem Handelsverkehr innerhalb der Mitgliedstaaten besser zugänglich als die dezentralisierten Handelsregister¹.

Der unklare Wortlaut der Vorschrift läßt allerdings noch viele Fragen offen. Im folgenden soll die Reichweite der Norm näher untersucht werden. Auszugehen ist dabei zunächst von den objektiven Tatbestandsmerkmalen, und im Anschluß daran sollen die Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie ein sinnvoller Haftungsmaßstab gefunden werden kann.

1. Die unrichtige Bekanntmachung

Erstes Tatbestandsmerkmal des § 15 Abs. 3 HGB ist eine "unrichtige Bekanntmachung" einer einzutragenden Tatsache.

a) Die Bekanntmachung

Die für § 15 HGB erhebliche Bekanntmachung ist in § 10 HGB geregelt². Nach § 10 Abs. 1 HGB hat das Registergericht die Eintragung im Bundesanzeiger und in mindestens einem anderen Amtsblatt i.S.d. § 11 HGB bekanntzumachen. Nach § 10 Abs. 2 HGB tritt die Bekanntmachungswirkung gegenüber Dritten mit dem Ablauf des Tages ein, an welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist. Für § 15 Abs. 1 HGB hat das die Folge, daß die negative Publizität solange andauert, bis die einzutragende Tatsache i.S.d. § 10 Abs. 2 HGB

¹ Sandberger, JA 1973, 217.

² Kötter, in Heymann-Kötter, § 15 Anm. 3.

bekannt gemacht ist. Beispielsweise muß sich ein ausgeschiedener Gesellschafter einer oHG noch wie ein Mitglied der Gesellschaft behandeln lassen, wenn sein Austritt nicht in der Form des § 10 Abs. 2 HGB veröffentlicht worden ist. Wäre sein Austritt nur im Handelsregister eingetragen und im Bundesanzeiger bekannt gemacht, so könnte er sich Dritten gegenüber noch nicht auf § 15 Abs. 2 HGB berufen. Freilich gilt dies nicht für einen Anspruchsteller, der selbst von dem Austritt positive Kenntnis erhalten hat (vgl. § 15 Abs. 1 HGB am Ende).

Es stellt sich die Frage, ob für § 15 Abs. 3 HGB die Regelung des § 10 Abs. 2 HGB anzuwenden ist mit der Folge, daß Dritte erst auf die Richtigkeit einer Bekanntmachung vertrauen können, wenn diese im Bundesanzeiger und mindestens einem weiteren Amtsblatt abgedruckt worden ist.

Dafür könnte zunächst sprechen, daß der Begriff der Bekanntmachung im Rahmen des § 15 HGB eine einheitliche Interpretation erfahren würde. Ferner böte eine derartige Auslegung für die Betroffenen einen weitgehenden Schutz. Nach § 11 Abs. 1 HGB bestimmt das Gericht jährlich im Dezember, in welchen Blättern im folgenden Jahr die Veröffentlichungen erfolgen sollen. Unterbleibt demnach die Veröffentlichung nur in einem Blatt, so würde die Rechtsfolge des § 15 Abs. 3 HGB nicht ausgelöst. Ferner träte kaum ein Vertrauensschutz ein, wenn eine richtige Registereintragung aufgrund eines Bekanntmachungsfehlers falsch wiedergegeben würde, denn es wäre ein Zufall, wenn eine derartige unrichtige Bekanntmachung in sämtlichen Amtsblättern vorgenommen würde.

Gegen eine Anwendung des § 10 Abs. 2 HGB sprechen hingegen mehrere Gründe. Der Gesetzgeber wollte mit der Neufassung des § 15 Abs. 3 HGB die Sicherheit und Leichtigkeit des internationalen Handelsverkehrs fördern. Für einen ausländischen Geschäftspartner ist der Bundesanzeiger die alleinige geeignete Informationsquelle bezüglich eintragungspflichtiger Tatsachen. Er muß sich auf die Veröffentlichungen im Bundesanzeiger verlassen können, da ihm die örtlichen Amtsblätter oft gar nicht zugänglich sein werden. Andernfalls hätte man die Rechtsfolge des § 15 Abs. 3 HGB auch an die Handelsregistereintragung knüpfen können, denn es dürfte für einen Ausländer kaum schwieriger sein, sich einen entsprechenden Registerauszug zu beschaffen.

Zur Verwirklichung eines umfassenden Gläubigerschutzes im EWG-Raum ist daher die Veröffentlichung im Bundesanzeiger ausreichend¹. Darüber hinaus greift § 15 Abs. 3 HGB aber auch dann ein, wenn die unrichtige Veröffentlichung nur in einem anderen Blatt vorgenommen wurde^{2,3}.

Mag der Hauptzweck des Gesetzes darin liegen, die Gläubiger im internationalen Bereich der EWG zu schützen, so darf nicht verkannt werden, daß die schutzwerten Interessen der Gläubiger aus dem Inland gleichrangig zu bewerten sind. Für diese können die Bekanntmachungen in den örtlichen Amts-

1 So auch Mossler, Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht, S. 88-89; vgl. auch Art. 3 Abs. 4 der Richtlinien des Ministerrates vom 9.3.1968, Amtsblatt Eur. Gemeinschaften, 11. Jahrgang, Nr. L 65 vom 14. März 1968, S. 10. Dort heißt es, daß die offenkundigspflichtigen Tatsachen in einem* von dem Mitgliedsstaat zu bestimmenden Amtsblatt bekanntzumachen sind (+ Hervorhebung vom Autor).

2 a.A. Mossler, a.a.O., ebenda.

3 Das stellt keinen Widerspruch zu dem oben Gesagten dar, denn hier geht es darum, ob die Veröffentlichung allein in einem örtlichen Amtsblatt die Rechtsscheinwirkung erzeugen kann, während oben erörtert wurde, ob neben der Veröffentlichung im Bundesanzeiger zusätzlich eine Publikation in einem örtlichen Amtsblatt vorliegen muß.

blättern wiederum leichter zugänglich und darum von größerer Bedeutung sein. Wenn Mossler dagegen die Wirkung des § 15 Abs. 3 HGB auf die Veröffentlichungen im Bundesanzeiger beschränkt, so läßt sich diese Lösung überdies mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren. Der Autor meint ferner, daß die Richtlinien des Ministerrates vom 9.3.1968 eine solche Auslegung des Gesetzes geböten. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Richtlinien den Gesetzgeber in keiner Weise binden. Außerdem werden die Interessen der Gläubiger aus dem EWG-Raum überhaupt nicht berührt, wenn neben der Bekanntmachung im Bundesanzeiger andere Veröffentlichungen zusätzlich die Rechtsfolge des § 15 Abs. 3 HGB auslösen. Die Veröffentlichung in einem zentralen Amtsblatt ist nach unserem Recht gewährleistet, womit den Richtlinien genüge getan ist¹.

§ 15 Abs. 3 HGB greift daher ein, wenn die Veröffentlichung entweder im Bundesanzeiger oder in einem anderen Blatt i.S.d. § 11 HGB vorgenommen wurde². Eine solche Interpretation widerspricht auch nicht dem § 10 Abs. 2 HGB. Die Bekanntmachungswirkung i.S.d. § 10 Abs. 2 HGB stellt i.V.m. § 15 Abs. 2 HGB eine Schutzvorschrift zugunsten des Betroffenen dar. Hat er seine Verhältnisse der Öffentlichkeit in gesetzeskonformer Weise bekanntgemacht, so wird er vor der Unwissenheit eines Dritten geschützt. Das Gesetz strebt einerseits eine umfangreiche Unterrichtung der Öffentlichkeit an. Hat der Betroffene aber das seinerseits Mögliche getan, dann unterstellt es andererseits, daß nunmehr dessen Verhältnisse bekanntgemacht sind. Um eine solche Fiktion geht es aber bei § 15 Abs. 3 HGB nicht, denn wer sich auf diese Norm beruft, gibt doch zum Ausdruck, daß er von einer konkreten Bekanntmachung positive Kenntnis erhalten hat³.

1 Vgl. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinien.

2 So wohl auch Steckhan, DNotZ 1971, S. 217 und S. 229 bei 4.

3 Ob er diese Kenntnis auch beweisen muß, ist eine andere Frage. Vgl. dazu unten 5 b.

b) Der Begriff der "Unrichtigkeit"

Für die Feststellung, ob eine Bekanntmachung unrichtig ist, bedarf es eines Bewertungsmaßstabes. Ausgehend vom Wortlaut könnte mit dem Begriff die Abweichung von der wahren Sachlage bezeichnet worden sein. Beuthien¹ versteht darunter hingegen nur die Diskrepanz zum Registerinhalt. Unter Berufung auf die Richtlinien² interpretiert er den Begriff "unrichtig" als reinen Bekanntmachungsfehler, d. h. die Bekanntmachung muß von einer richtigen Eintragung abweichen.

Ist hingegen schon die Eintragung falsch und ist die Bekanntmachung insoweit gleichlautend, so läge nur ein Buchungsfehler des Registergerichts vor. Da die Bekanntmachung die Eintragung zutreffend wiedergäbe, sei sie als solche nicht fehlerhaft. Von einem Buchungsfehler des Registergerichts kann natürlich nicht die Rede sein, wenn eine Eintragung gänzlich fehlt. Folgerichtig bejaht der Autor für diese Fallgruppe die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 HGB. In allen übrigen Fällen einer sachlich unrichtigen Bekanntmachung soll es bei den bisherigen Rechts-scheingrundsätzen bleiben³. Nimmt man diesen Satz ernst, dann müßte § 15 Abs. 3 HGB auch dann nicht anwendbar sein, wenn die Bekanntmachung in anderer Weise als die Eintragung unrichtig ist. Diese

1 Beuthien, NJW 1970, 2283-2284.

2 Art. 3 Abs. 6 lautet: "Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um zu verhindern, daß der Inhalt der Bekanntmachung in der Presse und der Inhalt des Registers oder der Akte voneinander abweichen. Im Falle einer Abweichung kann jedoch der in der Presse bekanntgemachte Text Dritten nicht entgegengesetzt werden. Diese können sich jedoch auf den bekanntgemachten Text berufen, es sei denn, daß die Gesellschaft beweist, daß die Dritten den in der Akte hinterlegten oder im Register eingetragenen Text kannten".

3 Beuthien, NJW 1970, 2284.

restriktive Auslegung hat jedoch keine Zustimmung gefunden. Die Ansicht mag zwar den Vorteil haben, daß eine Haftung Unbeteiligter, in deren Namen etwas eingetragen und bekanntgemacht worden ist, ohne weiteres entfällt. Die erfolgte Registereintragung wäre in einem solchen Fall ja bereits von vornherein inhaltlich unrichtig, so daß nur ein Buchungsfehler des Registergerichtes vorläge.

Die Interpretation läßt sich aber nicht mehr mit dem Wortsinn des § 15 Abs. 3 HGB vereinbaren. Im Gegensatz zu den Absätzen 1 und 2 dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber den Eintragungsvorgang bewußt außer acht gelassen¹. Es wäre daher verfehlt, die Rechtsfolge von der Eintragung mit abhängig zu machen. Darüber hinaus stellt das Gesetz eindeutig klar, daß sich die Voraussetzung "unrichtig bekanntgemacht" auf die Worte "einzutragende Tatsache" bezieht. Damit bringt es zum Ausdruck, daß der Verkehrsschutz unabhängig davon bestehen soll, ob die Eintragung selbst richtig oder falsch ist oder gar ganz fehlt².

Beuthiens Ansicht führt schließlich zu schwer verständlichen Wertungswidersprüchen. Ein Verkehrsschutz ist doch um so mehr geboten, wenn neben der Bekanntmachung auch die Eintragung falsch ist, da in diesem Fall der erzeugte Rechtsschein größer ist und die Möglichkeit, die wahre Sachlage zu erkennen, kaum gegeben ist³. Da im Regelfall demjenigen, der eine Tatsache eintragen läßt, von der (falschen)

1 Fabricius, Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts, S. 63.

2 Kötter, in Heymann-Kötter, § 15 Anm. 8 (S. 47); Beuthiens Auslegung würde folgenden Wortlaut des Gesetzes erfordern: Ist eine eingetragene Tatsache unrichtig bekanntgemacht, so ...

3 Steckhan, DNotZ 1971, S. 222.

Eintragung eine Mitteilung gemacht wird¹, ist es nur gerecht, wenn dem Betroffenen zugemutet wird, den erzeugten Rechtsschein zu beseitigen bzw. die falsche Veröffentlichung in anderen Blättern zu verhindern².

In der Praxis dürften die Fälle der unrichtigen Bekanntmachung einer richtigen Eintragung kaum ins Gewicht fallen. Vielmehr ist anzunehmen, daß die gleichlautende Unrichtigkeit von Register und Bekanntmachung weitaus häufiger vorkommen wird, so daß der mit § 15 Abs. 3 HGB angestrebte Verkehrsschutz nur unvollkommen wäre.

Für den Begriff der "Unrichtigkeit" kommt es demnach allein darauf an, ob die Bekanntmachung nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Unbeachtlich ist hingegen, ob die "einzutragende Tatsache" eingetragen war oder nicht, ob sie richtig oder falsch im Register wiedergegeben wurde³.

1 § 130 Abs. 2 FGG.

2 Steckhan, DNotZ 1971, S. 222.

3 Meyer-Ladewig, MDR 1969, S. 819; vol Olshausen, NJW 1971, S. 966, 967; Bürck, AcP 171, 342; Bayerle, BB 1971, 1485; Sandberger, JA 1973, S. 217 (ZR, S. 77); Fabricius, a.a.O., S. 63; Kötter, a.a.O., § 15 Anm. 8; Steckhan, DNotZ 1971, S. 222-223; Karsten Schmidt, JuS 1977, S. 216; Hofmann, Handelsrecht, C V 3 c) aa) (S. 93); Gierke-Sandrock I, S. 153; Harms, Handels- und Wertpapierrecht, S. 54.

2. Die "einzutragende Tatsache"

Ein Vertrauensschutz nach § 15 Abs. 3 HGB kommt nur insofern in Betracht, als eine unrichtige Bekanntmachung einer "einzutragenden Tatsache" vorliegt. Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß § 15 Abs. 3 HGB nicht für die Bekanntmachung bloß eintragungsfähiger Tatsachen¹ gilt. Die Sonderregelung betrifft also nur solche Umstände der Unternehmensorganisation, die das Gesetz an anderer Stelle für offenkundig erklärt hat²; mithin sind nur "eintragungspflichtige" Tatsachen erfaßt³.

a) Eine derartige Verpflichtung zur Bekanntmachung schreibt das Gesetz selbstverständlich nur für solche Umstände vor, die mit der materiellen Sachlage übereinstimmen. Folglich versteht man unter dem Begriff "einzutragende Tatsache" im Rahmen des § 15 Abs. 1 HGB nur solche Tatsachen, die ursprünglich wahr sind, d. h. die im Zeitpunkt ihrer Anmeldung wirklich vorliegen⁴. Man verwendet in diesem Zusammenhang auch den Ausdruck "konkret" eintragungspflichtige Tatsachen, womit eben wirklich existierende Tatsachen gemeint sind.

b) Man könnte nun daran denken, den Begriff "einzutragende Tatsache" im Rahmen des § 15 HGB einheitlich auszulegen, indem der in den Absätzen 1 und 2 immer schon verwendete Begriff auch für Absatz 3 Geltung bekäme.

Eine solche Auslegung würde aber zu sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen führen. Die Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB würde dann sogar

1 Vgl. z. B. § 28 Abs. 2 HGB.

2 Z. B. §§ 29, 31, 106, 107, 125 Abs. 4, 143 HGB.

3 Kötter, a.a.O., § 15 Anm. 8 (S. 47); Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 15 Rdnr. 8.

4 Kötter, a.a.O., Vorbem. 1 zu § 15; vgl. auch oben B I 1.

hinter die bisherigen handelsrechtlichen Rechts-scheingrundsätze zurücktreten. Gründen mehrere Personen eine oHG nur zum Schein und beantragen sie die Eintragung der "Gesellschaft", so müßte eine Haftung der Betroffenen gem. § 15 Abs. 3 HGB für Geschäfte, die im Namen der Scheingesellschaft geschlossen worden sind, verneint werden. Denn bei der bekanntgemachten Tatsache handelt es sich um eine von vornherein unrichtige Verlautbarung, die nicht eintragungspflichtig war.

Eine Haftung käme dann nur bei einem Fehlverhalten des Registergerichts, das eine falsche Bekanntmachung verursacht hat, oder bei einem entsprechenden Fehlverhalten des Bekanntmachungsorgans in Betracht, wenn gleichzeitig eine konkret eintragungspflichtige Tatsache vorliegt. Das würde bedeuten, daß ein Dritter etwa auf die Bekanntmachung eines Gesellschafterbeitritts nur vertrauen könnte, wenn jemand tatsächlich dem Unternehmen beigetreten ist, bei der Veröffentlichung aber eine andere Person als neuer Gesellschafter benannt wird¹.

Die beiden Fallgruppen zeigen, daß eine Haftung des durch eine Bekanntmachung Betroffenen bei einer so vorgenommenen Auslegung des Gesetzes bei eigenem bewußtem Fehlverhalten nicht in Betracht käme. Demgegenüber müßten sie für das Fehlverhalten der Registerbeamten bzw. der Angestellten des Publikationsträgers eintreten. Es ist offenbar, daß eine Interessenbewertung der Beteiligten in den genannten Fällen keine unterschiedliche Regelung fordert. Bei eigenem Fehlverhalten der Betroffenen ist eine Haftung sogar noch eher geboten als bei bloßer Fremdverursachung des Rechtsscheintatbe-

¹ Vgl. auch das Beispiel bei Kötter, a.a.O., § 15 Anm. 8 (S. 47); Fabricius, a.a.O., S. 64.

standes¹. Dem Begriff der "einzutragenden Tatsache" ist daher im Rahmen des Absatzes 3 ein anderer Sinn zugrunde zu legen als in den Absätzen 1 und 2 des § 15 HGB. Man hat darunter jede Bekanntmachung zu verstehen, die im Falle ihrer Wahrheit nach dem Gesetz eintragungspflichtig wäre². Im Gegensatz zu dem bisher verwandten Begriff spricht man auch von "abstrakt" eintragungspflichtigen Tatsachen. Praktisch führt das zu dem Ergebnis, daß demselben Begriff in einer gesetzlichen Bestimmung mehrere Bedeutungen zukommen. Es kann auch nicht angenommen werden, daß die in Absatz 3 gewonnene Auslegung ihrerseits dazu führt, den bisherigen Begriff in den Absätzen 1 und 2 preiszugeben³.

§ 15 Abs. 3 HGB ist somit für bloß eintragungsfähige Tatsachen nicht anwendbar; vielmehr muß die Bekanntmachung einer eintragungspflichtigen, d. h. hier einer "abstrakt" eintragungspflichtigen Tatsache vorliegen.

3. Die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB

a) Kritik an einem reinen Rechtsscheintatbestand

Nachdem die objektive Rechtsscheingrundlage des § 15 Abs. 3 HGB nunmehr feststeht, fragt es sich, ob für die Haftung des Betroffenen weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Dies wäre zu verneinen, wenn auf ein Zurechnungserfordernis zu Lasten des Betroffenen gänzlich verzichtet worden wäre. Eine solche "reine Rechtsscheinhaftung" würde zweifellos zu einem umfassenden Schutz der Öffentlichkeit führen. Ein geradezu grenzenloses Vertrauen

1 Fabricius, a.a.O., S. 64; Beyerle, BB 1971, S. 1484; Kötter, a.a.O., § 15 Anm. 8 (S. 47).

2 Harms, a.a.O., S. 53; Hofmann, a.a.O., C V 3 c) aa) (S. 93); Sandberger, JA 1973, 218; Fabricius, a.a.O., S. 64; Beyerle, BB 1971, 1484; Heymann-Kötter, § 15 Anm. 8 (S. 47).

3 Kötter, a.a.O., § 15 Anm. 8 (S. 47/48).

in die Bekanntmachungsblätter wäre gewährleistet¹. Der gutgläubige Dritte wird auch ein Interesse daran haben, daß sein Vertrauen in jedem Fall geschützt wird, da er die Ursache der fehlerhaften Bekanntmachung nicht erkennen kann. Aus seiner Sicht ist es einerlei, ob der Betroffene selbst oder eine andere Person die Verlautbarung veranlaßt hat oder ob schließlich ein Versehen des Bekanntmachungsorgans vorliegt². In der Tat scheint der Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB einer derartigen Interpretation auch zu entsprechen. Darüber hinaus war es die erklärte Absicht des Gesetzgebers, das bisher anerkannte Veranlassungs- und Verschuldensprinzip³ nicht in den Tatbestand des § 15 Abs. 3 HGB zu übernehmen^{4,5}.

Im Ergebnis würde eine reine Rechtsscheinhaftung jedoch zu höchst unerfreulichen Konsequenzen führen, wie das folgende Beispiel⁶ verdeutlichen möge:

A, B und C wollen den finanzkräftigen F als Aushängeschild für die zwischen ihnen zu gründende oHG benutzen. Da sie mit seinem Einverständnis nicht rechnen können, legen sie gefälschte, auf den Namen des F lautende Eintragungsurkunden (§ 12 HGB) vor und verzichten sogleich auf die Benachrichtigung von der Eintragung (§ 130 Abs. 2 Satz 2 FGG).

Hier sträubt sich das Rechtsgefühl gegen eine spätere Haftung des F, da es an einer Beziehung zwischen ihm und der unrichtigen Bekanntmachung fehlt.

1 Sandberger, JA 1973, S. 217 (ZR S. 77).

2 von Olshausen, BB 1970, S. 140.

3 Vgl. oben B I 2 a bb), cc).

4 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Drucksache V/3862, S. 10; Canaris, S. 162; von Olshausen, BB 70, 140; Sandberger, JA 1973, 217.

5 Zur kritischen Auseinandersetzung mit dem gesetzgeberischen Willen vgl. unten B II 3 f (S. 73-74).

6 Von von Olshausen übernommen, BB 1970, S. 140.

Eine solche Belastung einer unbeteiligten Person war nach unserer Rechtsordnung bisher nicht möglich. So verliert der Eigentümer sein Recht gemäß §§ 932 ff. BGB nur dann, wenn er auf die Schutzfunktion des Besitzes verzichtet hat. Fehlt es an einer derartigen Veranlassung, so ist er gem. § 935 BGB geschützt¹. Im Grundstücks- und Erb-recht läßt sich eine reine Rechtsscheinhaftung nach den §§ 892, 2366 BGB dadurch rechtfertigen, daß die Haftung des Betroffenen begrenzt ist. Hier droht nämlich nur der Verlust eines Rechtes^{2,3}.

Auch die positive Publizität des § 176 Abs. 1 HGB ist vertretbar. Bis zur Eintragung der Haftsumme haftet der Kommanditist unbeschränkt. Will er diese Haftung auf eine bestimmte Eintragungssumme beschränken, so ist er für eine entsprechende Kundgabe gegenüber Dritten verantwortlich. Insofern erscheint es nicht ungerecht, daß der Kommanditist das Risiko einer unrichtigen Kundgabe trägt⁴.

Das Problem, den weiten Haftungsmaßstab zugunsten des Betroffenen einzuengen, stellt sich u. U. dann nicht, wenn dessen Einstandspflicht ausgeglichen werden kann. Zu denken wäre hier an Amts-, Delikts- und Vertragshaftungsansprüche gegenüber

1 Beyerle, BB 1971, S. 1482/83.

2 von Olshausen, BB 1970, S. 140; Sandberger, JA 1973, S. 218.

3 Durch den Verlust eines Grundstücks an einen gutgläubigen Dritten kann jemand zwar u. U. auch sein gesamtes Vermögen verlieren. Bei Grundstücksgeschäften üben die Beteiligten wegen der Warnfunktion des § 313 BGB aber in der Regel eine wesentlich höhere Vorsicht als bei dem hier interessierenden Handelsgeschäft. Hinzu kommt noch, daß die Erkenntnis, Falscheintragungen in einem Grundbuch zu unterbinden und damit dessen Inhalt auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen, sich allgemein durchsetzen kann, während die Gefährlichkeit des geschilderten Falles - eben weil das Gefahrenmoment häufig im Verborgenen bleibt - nicht bemerkt werden kann.

4 von Olshausen, BB 1970, S. 141; Sandberger, JA 1973, S. 218.

dem Staat bzw. dem Bekanntmachungsorgan oder an Deliktsansprüche gegenüber dem Veranlasser der unrichtigen Bekanntmachung¹.

Beyerle² wendet dagegen ein, daß dieser Vorschlag schon im Ansatz auf Bedenken stoßen müsse, weil dadurch das Prozeßrisiko ganz auf den Bekanntmachungsbetroffenen verlagert würde, während der vertrauende Dritte seine Ansprüche nach § 15 Abs. 3 stets voll befriedigt sieht. Das Risiko beschreibt der Autor damit, daß angesichts der doppelten Fehlerquelle von Registergericht und Bekanntmachungsorgan der Ersatzanspruch möglicherweise nicht durchgesetzt werden könne. Nachdem Gammelin nachgewiesen hat, daß bei unrichtigen Bekanntmachungen die durch ein Verhalten eines Beamten beim Registergericht oder eines Bediensteten beim Publikationsorgan verursacht worden sind, stets der Staat gem. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB passiv legitimiert ist³, mag man das beschriebene Risiko für gering halten. Der Bekanntmachungsbetroffene wäre ja trotz der Möglichkeit der mehrfachen Fehlerquellen nicht der risikobehafteten, doppelten Prozeßführung ausgesetzt⁴. Für diese Auffassung spricht

1 So im Ergebnis: Hofmann, Handelsrecht (V 3 c) bb) (S. 96); Gierke-Sandrock I, S. 154-155; dagegen ablehnend: Beyerle, BB 1971, 1483; Mossler, a.a.O., S. 115.

Eingehend befaßt sich Gammelin in seiner Dissertation (Rechtsscheinhaltung des Kaufmanns und Regreßansprüche gegen den Staat bei fehlerhaftem Publikationsakt der Presse) mit Regreßansprüchen des Betroffenen. Der Verf. vertritt aber das erweiterte Veranlassungsprinzip der h.M. (vgl. S. 35, 37, 38 und unten B II 3 d). Seine Arbeit geht folglich nicht auf die hier angeschnittene, weitergehende Frage ein, ob eine reine Rechtsscheinhaltung hingenommen werden kann, weil der Betroffene seinen Schaden im Wege des Regresses abwälzen kann; wie Gammelin auch Fabricius, a.a.O., S. 68.

2 Beyerle, BB 1971, 1483; Mossler, a.a.O., S. 115.

3 Gammelin, a.a.O., S. 47, 48, 160-164, vgl. aber oben Fn. 1.

4 Ebenda.

zweifelloos, daß der Staat die Bekanntmachungen in eigener Regie übernimmt (§§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 HGB!) und sich bezüglich der technischen Drucksetzung, von der allerdings die Bekanntmachungswirkung unmittelbar ausgeht, lediglich privater Unternehmer bedient¹.

Ferner wird das Haftungsrisiko des Betroffenen, welches sich aus der weit verbreiteten Freizeichnungspraxis der Verleger für Druckfehler ergeben kann, ausgeschaltet. Dies erscheint insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil der Betroffene keinerlei Einfluß auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Registergericht und dem Bekanntmachungsblatt ausüben kann. Wenn er die Freizeichnungsklauseln im Wege der Individualabrede nicht abbedingen kann, darf er auch nicht für deren Konsequenzen eintreten müssen.

Trotzdem nimmt dieser Weg der erleichterten Prozeßführung gegen den Staat dem Betroffenen nicht jedes Risiko ab, wie das oben dargestellte Beispiel deutlich macht. Dem finanzkräftigen F wird kein Amtshaftungsanspruch zustehen, weil die unrichtige Bekanntmachung weder durch einen Beamten des Registergerichts noch durch einen Bediensteten des Bekanntmachungsblattes verursacht worden ist, sondern allein dem arglistigen Verhalten der Gesellschafter A, B, C zuzurechnen ist. Der Betroffene wäre deshalb auf einen - in der Realisierung häufig zweifelhaften - Ersatzanspruch gem. § 826 BGB an-

¹ So auch K. Schmidt, JuS 1977, S. 217, der die Ansicht rechtspolitisch für sachgerecht hält, andererseits aber öffentlich rechtliche Folgeprobleme befürchtet. Auf die Konsequenzen kann hier nicht näher eingegangen werden. Es kann nur auf die eingehende Darstellung von Gammel, a.a.O., hingewiesen werden und auf eine Stellungnahme von Olshausen, ZHR 138, 176.

gewiesen¹. Da ein gutgläubiger Dritter durch die Veröffentlichung mittelbar das Opfer der Täuschung geworden ist, erscheint es eher gerechtfertigt, ihn den Schaden tragen zu lassen, da er sich der Gefahrenquelle - wenn auch unbewußt - im eigenen Interesse ausgesetzt hat. Hält man sich vor Augen, daß der durch eine unrichtige Bekanntmachung Betroffene ein Privatmann sein kann, der noch nie am Handelsverkehr teilgenommen hat, so wäre es unerträglich, wenn er durch die Benutzung seines

1 So aber Hofmann, Handelsrecht, C V 3 c) bb) (S. 94), der das Ergebnis allein mit dem Hinweis billigt, die scharfe Haftung entspreche dem Gesetzeszweck des § 15 Abs. 3 HGB. Gierke-Sandrock I, S. 155 wollen dem Betroffenen in derartigen Fällen "mit einem Aufopferungsanspruch (für schuldlos rechtswidriges Handeln des Staates, das in der falschen Bekanntmachung zu erblicken ist)" helfen, ohne die Voraussetzungen dieses Aufopferungsanspruchs näher zu erläutern. Es dürfte sehr problematisch sein, die unrichtige Bekanntmachung als ein "rechtswidriges Handeln des Staates" zu qualifizieren. Die Rechtswidrigkeit wäre dann darin zu sehen, daß die Beamten der geschickten Täuschung zum Opfer gefallen sind und deshalb die Veröffentlichung im guten Glauben vorgenommen haben. Anerkanntermaßen ist das Registergericht lediglich zur Überprüfung der Anmeldung verpflichtet; es ist aber in der Regel der Prüfung enthoben, ob die angemeldete Tatsache richtig ist. Nur wenn trotz ordnungsgemäßer Anmeldung begründete Zweifel an der Richtigkeit der einzutragenden Tatsache bestehen, ist das Registergericht zur Aufklärung des wahren Sachverhaltes gem. § 12 FGG berechtigt und verpflichtet (RGZ 140, 174 (180 f.); BayObLGZ 1973, 158 (159 f.); BayObLGZ 1973, 168 (170); Bay ObLG DB 1977, 1085; Müller, RPfleger 1970, 375 ff. (376-378, 380); Keidel-Schmatz-Stöber, Registerrecht, Rdnr. 29. Der Vorschlag von Gierke-Sandrock läuft wohl darauf hinaus, mit Hilfe des Landesfiskus die verfehlte Norm erträglich zu gestalten, was de lege lata nicht möglich ist.

Namens, ohne sein Zutun in unübersehbare Haftungen für fremde Schulden hineingezogen werden könnte¹, ohne einen gleichwertigen Ersatz zu erlangen. Rechtspolitisch sollte darüber hinaus die Überlegung im Vordergrund stehen, nach Möglichkeit die Betrüger selbst den Schaden tragen zu lassen. Dieses Ziel² läßt sich wahrscheinlich leichter durch den gutgläubigen Dritten als durch den Betroffenen verwirklichen. Einmal wird er aufgrund seines Forderungsrechtes u. U. deren Verhältnisse kennen. Zumindest hätte er sie in Erfahrung bringen können, so daß er rasche Maßnahmen, wie sie etwa vor einer drohenden Konkursnahme, wie sie etwa vor einer drohenden Konkursöffnung noch durchgreifen können, eher ergreifen wird als der unwissende Betroffene, der, zumal wenn es sich um einen Privatmann handelt, vielleicht wertvolle Zeit verstreichen läßt. Zu denken ist auch daran, daß der gutgläubige Dritte ein Sicherungsrecht für seine Forderung haben kann. Nimmt er den Betroffenen erfolgreich in Anspruch, weil es für ihn bequemer ist als die Verwertung des Sicherungsgutes, so würde das Sicherungsrecht untergehen bzw. an den Sicherungsgeber zurückfallen, denn § 15 Abs. 3 HGB ordnet keine cessio legis (§ 412 BGB) an, die zu einem Übergang des Sicherungsrechts auf den Betroffenen führt (§ 401 BGB). Auch diese Fallkonstellationen sprechen dafür, eher dem Dritten das Risiko, letztlich den Schaden tragen zu müssen, zuzumuten als dem unbeteiligten Betroffenen.

Eine reine Rechtsscheinhaftung zu Lasten des Betroffenen läßt sich also auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, daß dieser seinen Schaden in jedem Fall wird abwälzen können. Der Auffassung Beyerles ist deshalb, wenn auch teilweise mit einer

1 Harms, Handels- und Wertpapierrecht, S. 56.

2 Es wird dabei nicht verkannt, daß der Getäuschte nicht immer seinen Schaden von den Betrügern ersetzt bekommen wird. Wenn aber überhaupt eine Möglichkeit besteht, die Betrüger haftbar zu machen, so wird der Getäuschte diese Möglichkeit besser zu nutzen wissen als der völlig unwissende Betroffene.

anderen Begründung zuzustimmen¹.

¹ Beyerle führt noch ein weiteres Argument an, das nicht überzeugen kann. Er meint, in den Fällen, in denen der Betroffene keinerlei Anlaß zu der ihn betreffenden Bekanntmachung gegeben habe, werde der Schaden zu Unrecht sozialisiert, wenn dem vertrauenden Dritten stets der Weg über § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG erspart bliebe. Bei einem auf § 15 Abs. 3 HGB gestützten Anspruch brauche er nie einen seinem Mitverschulden entsprechenden Anteil des Schadens selbst zu tragen, da § 254 BGB nicht auf § 15 Abs. 3 HGB anwendbar sei. Im Rahmen des § 839 BGB sei § 254 BGB dagegen zu berücksichtigen. Beyerles Überlegungen zielen wohl darauf ab, daß der Staat gegenüber dem Betroffenen mehr leisten müßte als gegenüber dem Dritten, denn dem Betroffenen könnte bei einem entsprechenden Amtshaftungsanspruch seinerseits das Mitverschulden des Dritten nicht zugerechnet werden. Es fragt sich aber, ob der Dritte wirklich für ein Mitverschulden gem. § 254 BGB z. B. bei fahrlässiger Unkenntnis von der Unrichtigkeit der Bekanntmachung eintreten muß. Ich meine nein. Das Gesetz garantiert in § 15 Abs. 3 HGB das Vertrauen in eine Bekanntmachung selbst bei grob fahrlässiger Unkenntnis von der Wirklichkeit (vgl. unten B II 5 a). Wenn der Dritte nun ausnahmsweise den Betroffenen nicht haftbar machen kann, dann darf man ihm im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG nicht vorwerfen, er habe in fahrlässiger Weise in die Bekanntmachung vertraut, denn das Gesetz hat ihn an anderer Stelle (§ 15 Abs. 3 HGB) dieser Sorgfaltspflicht entoben. Er kann dann nicht pflichtwidrig gehandelt haben. Da der Dritte der Bekanntmachung nicht ansehen kann, daß diese nicht vom Betroffenen stammt - andernfalls wäre er schon nach § 15 Abs. 3 HGB nicht schutzwürdig -, muß sein Vertrauen stets in gleicher Weise geschützt werden unabhängig davon, ob er seine Ansprüche direkt gegen den Betroffenen geltend machen kann oder ausnahmsweise gegen den Landesfiskus. Die gleichen Überlegungen müßten übrigens auch bei einem Schadensersatzanspruch gem. § 826 BGB gegenüber denjenigen, die eine falsche Bekanntmachung im fremden Namen betrieben haben, gelten.

§ 15 Abs. 3 HGB wäre demnach nur noch dann als reiner Rechtsscheintatbestand aufzufassen, wenn die BRD damit ihrem Normierungsauftrag der EG-Richtlinie entsprochen hätte. Zwar bindet die Richtlinie den deutschen Gesetzgeber nicht¹. Da aber mit dem Erlaß des Gesetzes eine Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EG bezweckt wurde, können die Richtlinien als Auslegungshilfe herangezogen werden. Nach Art. 1 der Richtlinie sollten in Deutschland von den Koordinierungsmaßnahmen lediglich die Kapitalgesellschaften erfaßt werden, so daß sie für den Bereich der Personenhandelsgesellschaften auch nicht die Haftung unbeteiligter Dritter vorschreiben. Art. 3 Abs. 6 der EG-Richtlinien regelt nur die unrichtige Bekanntmachung einer richtigen Registereintragung. Also kann hieraus für § 15 Abs. 3 HGB nicht gefolgert werden, daß der Kreis der Betroffenen unbegrenzt sein soll. Vielmehr setzt Art. 3 Abs. 6 selbst eine Beziehung des Haftenden zu der Verlautbarung voraus².

Schließlich weist Canaris³ mit Recht darauf hin, daß die Verfassungsmäßigkeit von § 15 Abs. 3 HGB im Hinblick auf Art. 2 und 3 GG ernstlich bezweifelt werden müßte, wenn wirklich auf jegliches Zurechnungskriterium verzichtet worden wäre.

In der Literatur wird daher eine reine Rechts-scheinhaftung im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB überwiegend abgelehnt⁴. Im folgenden soll daher untersucht werden, wie der Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB sinnvoll eingeschränkt werden kann.

1 Beyerle, BB 1971, S. 1483; Bürck, AcP 171,334; Lutter, Europarecht, S. 8 m.w.N.; Mossler, a.a.O., S. 64.

2 Beyerle, BB 1971, S. 1483; Sandberger, JA 1973, S. 219.

3 Canaris, a.a.O., S. 162.

4 Canaris, a.a.O., S. 162 ff.; von Olshausen, BB 1970,140/41; Bürck, AcP 171,328,339 ff.; Sandberger, JA 73,217/218; Beyerle, BB 1971,1482/1483; Steckhan, DNotZ 1971, S. 213 ff.(218); Harms, Handels- und Wertpapierrecht, S. 56; a.A.: Hofmann, Handelsrecht, (V 3 c) bb) (S. 96/97); Gierke-Sandrock I, S. 154-155.

b) Die Zurechnung nur zu Lasten von Vollkaufleuten

Die erste Möglichkeit, die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 HGB einzuengen, besteht darin, den Kreis der Betroffenen einzuschränken. Den Ansatz zu einer derartigen Auslegung bietet die Formulierung des Gesetzes, die Unrichtigkeit der Bekanntmachung könne demjenigen entgegengehalten werden, "in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war". Nach Steckhan¹ setzen die Worte "in dessen Angelegenheiten" eine bestimmte Eigenschaft der genannten Person voraus, damit diese überhaupt Angelegenheiten haben kann, in denen etwas einzutragen ist. Als solche sei die Vollkaufmannseigenschaft anzusehen. Der Autor meint, dieser Schluß läge nicht fern, da § 15 Abs. 3 HGB eine handelsrechtliche Vorschrift, und zwar eine solche über das Handelsregister sei. Schließlich seien es Vollkaufleute, die registerpflichtige Tatsachen eintragen ließen. Bei einer derartigen Auslegung können sich Dritte in jedem Fall auf den Inhalt einer unrichtigen Bekanntmachung berufen, unabhängig wie es zu der Unrichtigkeit gekommen ist, aber nicht jeder Person gegenüber, "die zufällig von der Bekanntmachung (etwa in der Person eines persönlich haftenden Gesellschafters) genannt wird". Der Kreis der Betroffenen unterscheidet sich von völlig unbeteiligten Privatpersonen dann eben nicht dadurch, daß eine besondere Beziehung der betroffenen Person zu der konkreten, einzelnen Bekanntmachung, also etwa eine Veranlassung, zu fordern sei. Vielmehr sei auf eine "spezifische Beziehung zur Institution des Handelsregisters und seiner Bekanntmachung überhaupt abzustellen"².

¹ DNotZ 1971, S. 224.

² Steckhan, DNotZ 1971, S. 225.

Die praktische Konsequenz dieser Auffassung wäre, daß Vollkaufleuten die Obliegenheit auferlegt würde, den Inhalt der Bekanntmachungsblätter ständig zu überwachen, um auf diese Weise dafür zu sorgen, daß die offengelegten Verhältnisse ihres Unternehmens stets mit den wahren Verhältnissen übereinstimmen. Eine solche Belastung der "registerpflichtigen Personen" hält Steckhan im Interesse des Verkehrsschutzes für erträglich¹.

Der Autor meint, eine solche Auslegung entspräche am ehesten dem gesetzgeberischen Willen, das bisherige Veranlassungsprinzip nicht wieder in § 15 Abs. 3 HGB einzuführen; jedoch ist diese Ansicht abzulehnen. Zunächst steht diese Auslegung im Widerspruch zu dem Tatbestandsmerkmal "einzutragende Tatsache". Versteht man darunter "abstrakt" eintragungspflichtige Tatsachen², so können die gem. § 15 Abs. 3 HGB maßgeblichen Bezugspersonen auch Nichtkaufleute sein³. Beantragen A und B beispielsweise die Eintragung einer in Wahrheit nicht bestehenden oHG, so handelt es sich bei der späteren Bekanntmachung um eine einzutragende Tatsache i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB. Dennoch käme nach Steckhan eine Zurechnung dieser unrichtigen Verlautbarung nur in Betracht, wenn A und B Kaufleute sind bzw. solchen gleichzusetzen sind. Der Autor erkennt nämlich, daß neben Vollkaufleuten auch ihnen Gleichgesetzte registerpflichtige Angelegenheiten haben können⁴. Diese Personen sollen unter denjenigen Voraussetzungen bestimmt werden, unter denen sie bisher als Vollkaufleute behandelt werden⁵. § 15 Abs. 3 HGB

1 DNotZ 1971, S. 226; zustimmend: Karsten Schmidt, JuS 1977, S. 216.

2 Vgl. oben B II 2.

3 Vgl. Sandberger, JA 1973, 218; Beyerle, BB 1971, 1484, Fn. 19.

4 DNotZ 1971, S. 225.

5 DNotZ 1971, S. 225, Fn. 65.

wäre demnach für Scheingesellschafter nur dann anwendbar, wenn sie nach anderen Rechtsschein-
normen den Vollkaufleuten gleichgestellt werden.
Eine Haftung würde somit in diesen Fällen eine
Doppelprüfung voraussetzen mit der Folge, daß
die Bekanntmachungswirkung wegen der mildereren,
gewöhnheitsrechtlichen Grundsätze abgeschwächt
wird.

Führt dagegen ein Versehen des Registergerichts
bzw. des Publikationsorgans dazu, daß fälschli-
cherweise der Beitritt eines Gesellschafters in
eine bestehende Gesellschaft bekanntgemacht wird,
so wäre diese unrichtige Verlautbarung den wahren
Gesellschaftern ohne weiteres zuzurechnen, selbst
wenn diese völlig ahnungslos gewesen sind¹. Eine
derartige Wertungsdifferenz ist weder aus der
Sicht der Betroffenen noch der gutgläubigen Drit-
ten verständlich. Steckhans Auslegung führt doch
dazu, daß unrichtige Verlautbarungen über den
Gründungsakt einer Gesellschaft nach anderen Grund-
zügen zu beurteilen ist als eine solche über die
Änderung der Gesellschafterzahl. Dennoch werden
beide Vorgänge - ihre Richtigkeit unterstellt -
nach dem Gesetz² gleichermaßen für offenlegungs-
pflichtig erklärt. Dies läßt wiederum den Schluß
zu, daß das Vertrauen bei derartigen Bekanntma-
chungen jeweils im gleichen Umfang zu schützen ist.

Auch fielen falsche Bekanntmachungen bezüglich von
Kommanditisten nicht unmittelbar unter § 15 Abs. 3
HGB, da die Kommanditisten nach der h.M., zumindest
was ihre Rechtsbeziehungen zu Dritten angeht, keine

1 So ausdrücklich Steckhan, DNotZ 1971, 226; ebenso
Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 15 Anm.
26 a.

2 Vgl. §§ 106, 107 HGB.

Vollkaufleute sind¹. Nach den gewohnheitsrechtlichen Rechtsscheingrundsätzen war es jedoch nie streitig, daß der Kommanditist den Gläubigern in Höhe der Scheineinlage haften mußte, sobald deren Summe im Handelsregister eingetragen war². Steckhans Auslegung führt also auch hier zu einer Wertungsdifferenz, die dem bisherigen Recht unbekannt war und für die kein Grund ersichtlich ist. Insgesamt ist die Meinung deshalb abzulehnen.

c) Einschränkende Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB durch die Annahme eines differenzierenden Fiktionstatbestandes

Beyerle³ gelangt auf einem anderen Weg zu einer Haftungsbeschränkung im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB. Er ist der Ansicht, das Gesetz stelle einen Fiktionstatbestand dar. Jedoch solle nicht in jedem Fall die Bekanntmachung als inhaltlich richtig fingiert werden, da eine solche undifferenzierte Wertung auf die gleichen Bedenken stoßen müßte wie die Annahme eines reinen Rechtsscheintatbestandes⁴. Entscheidend sei daher, ob die Anordnung im Einzelfall mit dem Willen des Gesetzes vereinbar sei. Die Fiktion müsse also eine Differenzierung zulassen. Der Autor weist auf den aufgehobenen § 1589 Abs. 2 BGB sowie auf die §§ 49 Abs. 2, 1923 Abs. 2, 2019 BGB hin und meint, daß es sich hierbei um Fiktionstatbestände handle, die eine Differenzierung erkennen ließen.

1 Baumbach-Duden, § 161 Anm. 2 B; Hueck, GesR, § 19 VI 2; Schlegelberger-Geßler, § 161 Anm. 27; Schilling in Großkomm. HGB, § 161 Anm. 11; Westermann, GesR, Rdz. 859, 860; BGHZ 45, 285 = BB 1966, 802 = NJW 1966, 1960; a.A.: Ballerstedt, JuS 1963, 259.

2 Schilling in Großkomm. HGB, § 172 Anm. 15; Schlegelberger-Geßler, § 162 Anm. 10.

3 Beyerle, BB 1971, 1482 ff.

4 Vgl. oben B II 3 a.

Der aufgehobene § 1589 Abs. 2 BGB habe jedenfalls nur im Erbrecht, Unterhaltsrecht und bei der elterlichen Gewalt Bedeutung gehabt, im Straf- und Zivilprozeßrecht sei er dagegen belanglos gewesen¹.

Der Autor legt § 15 Abs. 3 HGB sodann dahingehend aus, daß der Inhalt der Bekanntmachung als richtig fingiert wird, wenn der Betroffene eine Anmeldung zum Handelsregister eingereicht hat und die Bekanntmachung gegenüber der angemeldeten Tatsache kein aliud darstellt². Methodisch gelangt Beyerle zu diesem Ergebnis, indem er bei einer Reihe von Einzelfällen eine gerechte Lösung sucht und dabei die von ihm genannte Differenzierung als Begrenzungsmöglichkeit des § 15 Abs. 3 HGB vorschlägt.

Sein Ergebnis stützt er ferner auf die Erwägung, daß § 15 Abs. 3 HGB keinen Rechtsschein,- sondern einen Fiktionstatbestand darstelle. Beyerle meint, daß es eine reine Rechtsscheinhaftung überhaupt nicht gebe³. Die allgemeine Rechtsscheinhaftung setze zumindest voraus, daß der erzeugte Rechtsschein den Dritten in seiner Willensentschließung potentiell beeinflussen konnte. Wird eine derartige abstrakte Beeinflussungsmöglichkeit des Dritten für eine Haftung des Betroffenen nicht vorausgesetzt, so läge ein Fiktionstatbestand vor.

Bei § 15 Abs. 3 HGB könne sich der Anspruchsteller stets auf die unrichtige Bekanntmachung berufen. Im Interesse der Verkehrssicherheit sei ein Vertrauensschutz auch dann zu gewähren, wenn die Bekanntmachung den Gläubiger in seiner Entscheidung nicht beeinflussen konnte⁴. Gerade auch die-

1 BB 1971, S. 1485.

2 BB 1971, S. 1489.

3 BB 1971, S. 1487 ff.

4 BB 1971, S. 1489.

ser Gesichtspunkt rechtfertige die Annahme, daß § 15 Abs. 3 HGB einen Fiktionstatbestand darstelle.

Die Auffassung Beyerles ist nicht überzeugend. Die Stellung des § 15 Abs. 3 HGB deutet schon darauf hin, daß es sich bei der Vorschrift um einen Rechtschein- und nicht um einen Fiktionstatbestand handelt. Darüber hinaus war es die erklärte Absicht des Gesetzgebers, die bisherigen gewohnheitsrechtlichen Grundsätze bezüglich der positiven Publizität des Handelsregisters wenigstens teilweise durch eine gesetzliche Regelung zu ersetzen. Der von der Rechtsprechung und Literatur praeter legem entwickelte beschränkte öffentliche Glaube des Handelsregisters wurde stets als Rechtsscheingrundsatz aufgefaßt. Daher liegt der Schluß nahe, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, mit § 15 Abs. 3 HGB einen Rechtsscheintatbestand zu kodifizieren, wenn dieser in seiner Ausformung auch von den bisherigen Grundsätzen abweichen mag.

Die Auffassung des Autors ist ferner deshalb abzulehnen, weil der Versuch, den Tatbestand des § 15 Abs. 3 HGB aufgrund objektiver Kriterien einzunengen, als gescheitert angesehen werden muß. Jedenfalls ist aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen, daß die Haftung des Betroffenen entfällt, wenn die Bekanntmachung gegenüber der angemeldeten Tatsache ein "aliud" enthält. Es mag zwar zutreffend sein, in solchen Fällen die Haftung zu verneinen. Dabei geht es aber allein um die Frage, ob der gegenüber der Öffentlichkeit wirkende Rechtsschein dem Betroffenen zuzurechnen ist und nicht ob der Wortlaut des Gesetzes einer einengenden Interpretation zugänglich ist¹. Der Autor setzt sich mit seiner Meinung selbst in Wider-

¹ So auch ausdrücklich Mossler, a.a.O., S. 107.

spruch, wenn er eine Haftung bei Bekanntmachungen eines "aliud" de lege ferenda für vertretbar hält, soweit der Gesetzgeber andererseits den Kreis der Bekanntmachungsbetroffenen, wie in der Richtlinie¹ gefordert, auf Kapitalgesellschaften beschränkt. Hier wird deutlich, daß sich die einengende, objektive Auslegung Beyerles nicht an den Wortlaut der Vorschrift orientiert.

Schließlich dehnt Beyerle den Verkehrsschutz im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB zu weit aus, wenn er eine Haftung auch für den Fall bejaht, daß der Dritte gar nicht durch die Bekanntmachung beeinflußt werden konnte. Vielmehr setzt die Berufung auf § 15 Abs. 3 HGB voraus, daß der Dritte durch die Bekanntmachung potentiell motiviert werden konnte².

d) Die Zurechnung mit Hilfe eines erweiterten
Veranlassungsprinzips

In der Literatur wird weitgehend die Ansicht vertreten, die Rechtsscheinhaftung nach § 15 Abs. 3 HGB sei auf die Fälle zu beschränken, in denen die unrichtige Verlautbarung wenigstens mittelbar durch eine, wenn auch richtige Anmeldung seitens des Betroffenen verursacht worden ist³.

1 Vgl. Art. 1.

2 Vgl. dazu im einzelnen unten B II 5 b.

3 von Olshausen, BB 1970, S. 140; Fabricius, a.a.O., S. 65; Bürck, AcP 171, S. 339; Sandberger, JA 1973, S. 218, 219; Harms, Handels-, und Wertpapierrecht, S. 56; Capelle, Handelsrecht, S. 27.

Diese Auffassung stellt eine Erweiterung gegenüber den bisherigen Rechtsscheingrundsätzen dar, die eine unrichtige Anmeldung seitens des Betroffenen voraussetzen. Daher bezeichnet man dieses Zurechnungskriterium auch als "erweitertes Veranlassungsprinzip". Allerdings wird das Ergebnis mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen gewonnen.

(1) Um zu angemessenen Ergebnissen zu kommen, schlägt von Olshausen¹ eine teleologische Reduktion des Tatbestandsmerkmals "in dessen Angelegenheiten" vor. Er meint, daß ein unbeteiligter Dritter, der nicht einmal - sei es auch durch eine richtige Anmeldung - den Anstoß zu einer unrichtigen Bekanntmachung gegeben habe, nicht zu dem Personenkreis zu zählen sei, der Angelegenheiten habe, in denen etwas einzutragen sei. Eine Haftung gem. § 15 Abs. 3 HGB setzt demnach voraus, daß der Betroffene wenigstens durch eine richtige Anmeldung einer Handelsregistereintragung die fehlerhafte Bekanntmachung mittelbar verursacht hat.

(2) Fabricius² begründet das erweiterte Veranlassungsprinzip bereits durch eine sprachlich-grammatisch-linguistische Auslegung. Er weist darauf hin, daß unter dem Begriff "einzutragende Tatsachen" nur abstrakt eintragungspflichtige Tatsachen zu verstehen seien. Was einzutragen ist, sei durch das Gesetz verbindlich vorgeschrieben. Den Betroffenen träfe eine Verpflichtung - die Richtigkeit der Tatsache unterstellt - für die Eintragung zu sorgen. Folglich nähme das Registergericht eine Eintragung ohne vorherige Anmeldung nicht vor. Dies trifft in der Tat sogar für den Fall zu, daß jemand seiner

1 von Olshausen, BB 1970, S. 142.

2 Fabricius, a.a.O., S. 64, 65.

Pflicht zur Anmeldung nicht nachkommt. Denn gem. § 14 HGB hat das Registergericht durch Festsetzung eines Zwangsgeldes auf die Anmeldung des Betroffenen hinzuwirken. Hieraus zieht Fabricius m. E. zu Recht den Schluß, daß die Formulierung des § 15 Abs. 3 HGB "in dessen Angelegenheiten die Eintragung einzutragen war" eine Anmeldung zur Register-eintragung des Haftenden voraussetzt.

Fabricius gelangt darüber hinaus zu einer weiteren Einschränkung, indem er eine "völlig anders geartete Eintragung als die beantragte nicht mehr als unrichtige Eintragung bzw. Bekanntmachung" auffaßt¹. Diesen Standpunkt halte ich indes für inkonsequent. Im Interesse eines möglichst umfassenden Verkehrsschutzes ist es dem Betroffenen zuzumuten, vom Zeitpunkt der Anmeldung sämtliche Veröffentlichungen, die in seinem Namen vorgenommen werden, zu überwachen. Es entspricht sodann seinem eigenen Interesse, Bekanntmachungsfehler umgehend korrigieren zu lassen unabhängig davon, wie groß die Abweichung zu der angemeldeten Tatsache ist². Hier-von sind freilich die Fälle zu unterscheiden, in denen eine rechtlich unmögliche Tatsache wiedergegeben wird. Beispielsweise wird Prokurist Müller als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer einer oHG benannt³.

¹ Fabricius, a.a.O., S. 66.

² Eine weitergehende Frage ist es, ob der Betroffene auch für Ansprüche, die bis zu der Korrektur entstanden sind, haften muß. Vgl. dazu unten B II 6 c).

³ Nach h.M. können nicht sämtliche Gesellschafter einer oHG von der Vertretungsmacht ausgeschlossen werden. Vgl. z. B. Hueck, oHG, § 20 II 1 a (S. 281); Westermann, GesR, Rdz. 149 mit jeweils weiteren Nachweisen.

Solche Vorgänge sind aber bereits nicht abstrakt eintragungspflichtig¹ und fallen somit nicht unter den Begriff "einzutragende Tatsachen" i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB, so daß derartige Bekanntmachungen aus dem Anwendungsbereich der Norm ausscheiden².

e) Die Zurechnung mit Hilfe des Risikoprinzips

Zu demselben Ergebnis gelangt Canaris³, der sich dabei allerdings auf das Risikoprinzip⁴ beruft. Der Autor hält zwar den bewußten Verzicht des Gesetzgebers auf ein Zurechnungserfordernis nicht für gerechtfertigt. Der gesetzgeberische Wille sei aber insofern zu berücksichtigen, als dieser die Haftung sehr weit ausdehnen wollte. Einerseits müsse ein Zusammenhang zwischen der unrichtigen Bekanntmachung und dem Verhalten des Betroffenen bestehen. Andererseits sei bei der näheren Ausformung eines derartigen Zurechnungskriteriums bis an die äußerste Grenze dessen zu gehen, was mit dem Risikogedanken noch vereinbar erscheint. Daher sei eine Haftung des Betroffenen auch dann noch zu bejahen, wenn trotz einer richtigen Anmeldung eine falsche Bekanntmachung erfolgt. Mit dem Risikoprinzip sei es gerade noch vereinbar, "Fehler des Gerichts und bei der Publikation unterlaufene Druckfehler der Sphäre des Anmeldenden zuzurechnen"...⁵.

Hier zeigt sich wiederum, daß die Auffassung von Canaris sich im wesentlichen mit der überwiegenden Ansicht im Schrifttum deckt.

1 Vgl. oben B II 2.

2 Mossler, a.a.O., S. 121, Fn. 324.

3 a.a.O., S. 162 ff.

4 Zum Verhältnis des Risikoprinzips zum Veranlassungsprinzip vgl. oben B I 2 a dd) - ee).

5 a.a.O., S. 165.

f) Stellungnahme

Wie sich bereits aus der Würdigung der dargestellten Literaturmeinungen ergibt, ist derjenigen Auffassung der Vorzug einzuräumen, die die Rechts-scheinzurechnung im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB mit Hilfe des erweiterten Veranlassungsprinzips begründet.

Eine solche Auslegung erscheint nach einer Abwägung der Interessen der Betroffenen angemessen. Wer eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister vornimmt, kann jederzeit die Richtigkeit der Verlautbarung kontrollieren. Unterläßt er dies, so ist die spätere Fehlerquelle¹ seiner Risikosphäre zuzurechnen. Das gilt auch dann, wenn dem Betroffenen kein Verschulden nachzuweisen ist. Für eine völlig unbeteiligte Person, auch wenn es sich dabei um einen eingetragenen Kaufmann handelt, besteht hingegen kein Anlaß, Kontrollen durchzuführen².

Gegner dieser Ansicht machen dagegen vor allem geltend, daß die Wiedereinführung eines modifizierten Veranlassungsprinzips den einzigen rationalen Grundgedanken des Gesetzgebers zu deutlich durchkreuze³.

Sie meinen, mit der Abschaffung des bisherigen Veranlassungsprinzips sei bezweckt worden, daß für den rechtlichen Geschäftsverkehr hinsichtlich der offenkundigen Verhältnisse nicht die wahre, dem Publikum unerkennbare Situation, sondern der offengelegte Stand maßgeblich sein soll. Offenge-

1 Zu der Frage, ob dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden kann, die unrichtige Bekanntmachung innerhalb einer kurzen Frist beseitigen zu lassen, ohne bis dahin schon haften zu müssen, vgl. unten B II 6 c).

2 a.A. Steckhan, S. 211, 224.

3 Steckhan, DNotZ 1971, S. 219; gegen die h.M. auch Beyerle, S. 1484; Gierke-Sandrock I, S. 154-155.

legt seien die Verhältnisse aber so, wie sie tatsächlich bekanntgemacht worden seien; daran ändere die Art des Zustandekommens der Bekanntmachung nichts.

Da die von Beyerle und Steckhan gewonnenen Interpretationsergebnisse nicht überzeugen können, ließe sich dieses Ergebnis nur mit dem reinen Rechts-scheinprinzip erzielen. Es ist jedoch kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber so weit gehen wollte, da ihm die Konsequenzen einer derartigen Regelung wohl verborgen geblieben sind¹. Man wird auch nicht unterstellen dürfen, daß er mit dem Erlaß des § 15 Abs. 3 HGB bewußt gegen die Verfassung verstoßen wollte. Die Haftung völlig unbeteiligter Personen, denen die Gefahr eines wirtschaftlichen Ruins drohen kann, stünde jedenfalls mit dem Willkürverbot des Art. 3 GG im Widerspruch².

Aus der Begründung zum Regierungsentwurf³ ergibt sich keinesfalls zweifelsfrei, daß der Gesetzgeber auf jegliches Zurechnungsprinzip verzichten wollte⁴. Dort heißt es nämlich auf Seite 9: "In Abweichung von diesen Grundsätzen⁵ sieht der Entwurf vor, daß gutgläubige Dritte sich auf die unrichtige Bekanntmachung einer einzutragenden Tatsache demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, auch dann berufen können, wenn dieser die U n r i c h t i g k e i t⁶ nicht veranlaßt hat". Auf Seite 10 heißt es sodann: "Es muß

1 von Olshausen, BB 1970, S. 142.

2 Canaris, a.a.O., S. 164.

3 Begr. z. RegE BT Drucksache V/3862.

4 Das übersieht von Olshausen, wenn er auf S. 140 ausführt: "An die Stelle des Veranlassungs- bzw. des Verschuldensprinzips sollte das 'reine Rechts-scheinprinzip' treten."

5 Gemeint sind damit die bisher anerkannten Gewohnheitssätze.

6 Hervorhebungen stammen vom Verfasser.

daher ... § 15 HGB dahin geändert werden, daß gutgläubige Dritte im Vertrauen auf eine unrichtige Bekanntmachung unabhängig davon geschützt werden, ob die Unrichtigkeit¹ von der Gesellschaft ... veranlaßt worden ist ...". Die Begründung zum Regierungsentwurf lehnt zwar das bisher geltende Veranlassungsprinzip ab, wonach die unrichtige Eintragung unmittelbar vom Betroffenen verursacht sein mußte. Die Ausführungen lassen sich aber auch dahingehend verstehen, daß die Haftung gem. § 15 Abs. 3 HGB auf die Fälle ausgedehnt wird, in denen ein Versehen des Registergerichts bzw. des Publinkationsorgans vorliegt; m.a.W. es ist ausreichend, wenn der Betroffene die fehlerhafte Bekanntmachung mittelbar verursacht hat, indem er zwar eine richtige Tatsache zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet hat, die amtliche Bekanntmachung aber dennoch unrichtig wiedergegeben wird. Wenn der Betroffene die Unrichtigkeit nicht veranlaßt haben muß, so ist dies nicht gleichbedeutend damit, daß er noch nicht einmal eine Eintragung veranlaßt haben muß².

Wenn sich somit nicht zweifelsfrei ermitteln läßt, ob der Gesetzgeber eine Norm in dem einen oder anderen Sinn verstanden hat, ist der Richter befugt, ja verpflichtet, diejenige Auslegung vorzuziehen, bei der das Gesetz nicht gegen die Verfassung verstößt^{3,4}. Mithin läßt sich feststellen: Nach § 15 Abs. 3 HGB haftet nur derjenige, der die unrichtige Bekanntmachung im weitesten Sinne veranlaßt hat.

1 Hervorhebung stammt vom Verfasser.

2 Fabricius, a.a.O., S. 66, der allerdings den gesetzgeberischen Willen dahingehend auslegt, daß eine Eintragung vom Betroffenen veranlaßt sein muß.

3 Eckardt, Die verfassungskonforme Auslegung, S. 42.

4 Zu den Problem, ob ein reines Rechtsscheinprinzip gegen die Verfassung verstößt, hat sich bisher soweit ersichtlich nur Canaris geäußert, der eine Verletzung der Art. 2 und 3 GG annimmt (vgl. Canaris, a.a.O., S. 162). Dieser Auffassung hat sich der Verfasser angeschlossen (vgl. oben S. 61). Wenn man eine Grundrechtsverletzung verneint, ließe sich eine reine Rechtsscheinhaftung vertreten. Diese Lösung wird aber dennoch in der Literatur überwiegend abgelehnt. Vgl. oben S. 61 Fn. 4.

Mit dieser Auslegung wird auch nicht, wie Steckhan allerdings zu Unrecht annimmt¹, das bisherige Veranlassungsprinzip (in der Variante der schuldhaften Nichtberichtigung) durch die Hintertür wieder eingeführt. Der Autor glaubt zwar, "aus der richtigen Anmeldung würde eine Sorgfaltspflicht hergeleitet, in deren Verletzung dann das Verschulden liegt". Kommt der Betroffene seiner Kontrollpflicht nicht nach, so muß er die unrichtige Bekanntmachung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er die Wirkungen seines Unterlassens nicht kannte noch kennen konnte. Im übrigen übersieht der Autor offenbar, daß er selbst eine Sorgfaltspflicht postuliert, die zwar nicht aus der richtigen Anmeldung resultiert, sondern aus der Kaufmannseigenschaft.

4. Die Haftung nicht voll Geschäftsfähiger

Für die Frage, ob der Rechtsschein aus § 15 Abs. 3 HGB auch Geschäftsunfähigen² zugerechnet werden kann, ist entscheidend, welchen Standpunkt man bei dem zuvor behandelten Problem vertritt.

Hält man für die Haftung des Betroffenen eine Veranlassung im weiteren Sinne für notwendig, so deutet sich die Lösung bereits an. Die Zurechnung des Rechtsscheins aus § 15 Abs. 3 HGB beruht dann auf der Verantwortlichkeit für eigenes Verhalten. Wie jedoch bereits ausgeführt³ wurde, fehlt dem Geschäftsunfähigen die Fähigkeit, selbständig Verantwortung zu übernehmen. Folglich gilt für § 15 Abs. 3 HGB ebenso der Satz, daß der Verkehrs- und

1 DNotZ 1971, S. 220.

2 Die folgenden Ausführungen gelten auch für den beschränkt Geschäftsfähigen, der ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

3 Vgl. oben B I 2 a aa).

Vertrauensschutz gegenüber Geschäftsunfähigen nicht durchgreifen kann¹.

Hält man die im Schrifttum vertretene These² für richtig, daß reine Rechtsscheintatbestände auch zu Lasten Geschäftsunfähiger wirken, so wird an dieser Stelle erneut deutlich, daß auf jegliche Veranlassung im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB nicht verzichtet werden kann. Andernfalls könnte sich der Geschäftsunfähige praktisch unbegrenzt verpflichten, sofern in seinem Namen eine unrichtige Bekanntmachung vorliegt³.

5. Die Schutzwürdigkeit des Dritten

Mit § 15 Abs. 3 HGB wird die Sicherheit und Leichtigkeit des internationalen Handelsverkehrs innerhalb der EG dadurch gefördert, daß nunmehr zugunsten interessierter Kaufmannskreise eine relativ hohe Richtigkeitsgewähr der öffentlichen Bekanntmachungen besteht. Dennoch müssen in der Person des Begünstigten gewisse Voraussetzungen erfüllt sein, damit dessen Vertrauen schutzwürdig ist.

1 von Olshausen, BB 1970, S. 142 ff., Baumbach-Duden, § 15 Anm. 4 C; Canaris, a.a.O., S. 166; Steckhan, DNotZ 1971, S. 219, Fn. 44; Capelle, Handelsrecht, Fabricius, a.a.O., S. 68; a.A.: Karsten Schmidt, JuS 1977, S. 217 und Beyerle, BB 1971, S. 1489, die eine Haftung des Minderjährigen bejahen. Beyerle will die Haftung aber auf eine Zession der dem Minderjährigen zustehenden Ersatzansprüche gegen den gesetzlichen Vertreter und das Registergericht beschränken. Dies hält Schmidt nicht für durchsetzbar, a.a.O., S. 217, Fn. 119.

2 Nitschke, JuS 1968, S. 541.

3 Vgl. von Olshausen, BB 1970, S. 142, der allerdings meint, daß der Minderjährigenschutz durch § 15 Abs. 3 HGB nicht berührt wird, unabhängig davon, ob man das Gesetz weit oder eng auslegt.

a) Der gute Glaube

Hinsichtlich dieser Voraussetzungen stellt das Gesetz zunächst klar, daß sich der Dritte dann nicht auf den Rechtsschein berufen kann, wenn er die Unrichtigkeit der Bekanntmachung positiv kannte. In Übereinstimmung mit der oben gewonnenen Auslegung des Begriffs "unrichtig"¹ ist damit die Kenntnis der wahren Rechtslage² gemeint, die der Betroffene zudem dem Dritten beweisen muß³.

Insoweit stimmt § 15 Abs. 3 HGB mit den bisher zur Handelsregistereintragung herausgebildeten Grundsätzen überein⁴. Wie der Dritte dabei die Kenntnis erlangt, ist gleichgültig. Sie liegt regelmäßig vor, wenn er eine sachlich richtige Registereintragung kennt oder eine weitere öffentliche Bekanntmachung⁵.

Aus dem Gesagten ist nicht zu folgern, daß der Schutz des Dritten bei der Kenntnis mehrerer divergierender Veröffentlichungen stets entfällt⁶. Eine solche Interpretation würde das Vertrauen des Dritten nur in der Richtung schützen, daß die Bekanntmachung mit dem Inhalt des Handelsregisters sowie mit dem Text einer anderen Bekanntmachung übereinstimmt. Damit ist der Schutzzweck des § 15 Abs. 3 HGB nicht erschöpft, denn es soll gerade das Vertrauen auf die Übereinstimmung des Bekanntmachungsinhalts mit der wahren Rechtslage gewährleistet sein.

1 Vgl. oben B II 1 b.

2 von Olshausen, BB 1970, S. 143; Sandberger, JA 1973, S. 219.

3 Die Beweislastregel ergibt sich aus der Formulierung "es sei denn, daß ..."; vgl. Baumbach-Duden, § 15 Anm. 2 E. Die Kommentierung bezieht sich zwar auf den Absatz 1 des § 15 HGB. Jedoch stimmt der Wortlaut des Absatzes 3, was die Beweislastregel angeht, mit dem Absatz 1 überein; LG Stuttgart, BB 1977, 413.

4 Vgl. oben B I 2 b.

5 Z. B.: A hat eine Veröffentlichung betreffend die x-oHG im Bundesanzeiger sowie in einem örtlichen

Solange bei mehreren divergierenden Veröffentlichungen die Rechtsverhältnisse des Betroffenen in keinem Fall richtig wiedergegeben sind, kann der Dritte auch nicht positive Kenntnis von der Wirklichkeit erhalten haben. Es mag in diesen Fällen zwar ratsam sein, nähere Nachforschungen anzustellen, da sich niemand darauf verlassen sollte, daß sämtliche Publikationen unrichtig sind. Dennoch trifft den Dritten generell keine Nachforschungspflicht, denn die Unkenntnis von der Wirklichkeit, selbst wenn diese auf grober Fahrlässigkeit beruht, beseitigt den guten Glauben nicht.

b) Der Kausalzusammenhang zwischen dem Vertrauen und der Disposition des Dritten

Nach bisherigem Recht setzte die Berufung auf eine falsche Eintragung sowie auf eine nicht öffentliche Erklärung nach überwiegender Auffassung voraus, daß das Verhalten des Dritten maßgeblich durch den Rechtsschein beeinflusst wurde¹. Damit stellt sich auch hier die Frage, ob der Dritte die Bekanntmachung gekannt haben muß und aufgrund eines daraus resultierenden Vertrauens Geschäftsabschlüsse getätigt haben muß.

Die bisher geltenden Gewohnheitssätze können nicht ohne weiteres zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, denn der Gesetzgeber kann anderen Vorstellungen gefolgt sein, als sie bei der Rechtsfortbildung gängig waren. So ist für eine praeter legem entwickelte Haftung sicherlich mitentschei-

Amtsblatt gelesen, wobei nur eine der beiden Publikationen der Wahrheit entspricht.

6 So allerdings Steckhan, DNotZ 1971, S. 229 unter 4.

1 Vgl. oben B I 2 c, 3.

dend, diese nicht weiter auszudehnen, als es der Schutz des Dritten zwingend erfordert. Hingegen steht es dem Gesetzgeber frei, die Verkehrssicherheit dergestalt zu fördern, daß es auf die Ermittlung schwer zugänglicher Motivationen nicht mehr ankommt¹. Auf das Erfordernis einer konkreten Beeinflussungsmöglichkeit könnte die Begründung zum Regierungsentwurf² hindeuten, die davon spricht, daß gutgläubige Dritte im Vertrauen auf unrichtige Bekanntmachungen geschützt werden sollen. Damit sollte aber nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß der Dritte seine Kenntnis von der Bekanntmachung und sein Vertrauen nachweisen muß. Das Gesetz hätte sich bei einer derartigen Wertung nicht darauf beschränken dürfen, den Drittschutz lediglich für den Fall zu versagen, in dem der Anspruchsteller die Unrichtigkeit der Bekanntmachung kennt. In der Tat wäre der Schutz im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB praktisch stark entwertet, wenn der Dritte den oben bezeichneten Beweis führen müßte. Derartige "innere Tatsachen" lassen sich nur mit einem gewissen Wahrscheinlichkeitsgrad belegen. Der Dritte muß daher nicht beweisen, daß er die Bekanntmachung kannte. Jedoch muß die generelle Möglichkeit gegeben sein, daß der Rechtsschein überhaupt für das Verhalten ursächlich sein kann³. Denn es leuchtet ein, daß § 15 Abs. 3 HGB in solchen Bereichen unabwendbar ist, in denen der erhobene Anspruch in keinerlei sachlichem Zusammenhang mit der Rechtscheingrundlage steht. Dies muß zunächst für deliktische Tatbestände gelten⁴.

1 von Olshausen, BB 1970, S. 143; Bürck, AcP 171, S. 337.

2 Begr. z. RegE, BT-Drucks. V/3862, S. 10.

3 Sog. abstrakter Drittschutz.

4 Beispiel: Wird A anläßlich eines Autounfalls von dem Gesellschafter einer oHG verletzt, so haftet die oHG gem. § 31 BGB für den eingetretenen Schaden, soweit der Gesellschafter eine nach dem Gesellschaftsvertrag zustehende Verrichtung vorgenommen hat (vgl. Hueck, oHG, S. 275). Trotzdem kann A diesen Schaden nicht gem. § 15 Abs. 3 HGB i.V.m. § 128 HGB gegen eine Person geltend machen, deren Beitritt zu der oHG fälschlicherweise bekanntgemacht worden war.

Dieses Ergebnis läßt sich aufgrund einer Parallelwertung zu § 15 Abs. 1 HGB herleiten, dessen Anwendbarkeit auf den Geschäfts- und den Prozeßverkehr beschränkt ist¹. Die Interessenlagen in den Absätzen 1 und 3 des § 15 HGB gleichen sich insoweit, als sie Dritten eine Grundlage für Entschlüsse liefern sollen. Sie setzen also ein freies Handeln voraus. Folgerichtig muß § 15 Abs. 3 HGB dort eine Einschränkung erfahren, wo es an einer vorherigen Bewußtseinsbildung des Anspruchsstellers gefehlt hat².

Die Reichweite der Norm läßt sich nicht nur nach der Art der Ansprüche, sondern auch durch eine zeitliche Grenze einengen. Der Dritte kann denotwendig in seinem Handeln nicht beeinflußt worden sein, wenn er die maßgeblichen Dispositionen vor der Bekanntmachung getroffen und beendet hat. Schließt A mit einer oHG einen Vertrag, so ist für die persönliche Haftung der Gesellschafter der Zeitpunkt des Vertragsangebotes seitens des A maßgeblich. A kann keine zusätzlichen Rechte geltend machen, wenn später fälschlicherweise der Beitritt weiterer Gesellschafter bekanntgemacht wird³. Zwar

1 Vgl. RGZ 93,238 ff.; 127,98 ff.; Baumbach-Duden, § 15 Anm. 2 H; Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 2; Canaris, a.a.O., S. 516 ff.; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 15 Anm. 13; Gierke-Sandrock I, S. 150-151.

2 von Olshausen, BB 1970, S. 143-144; Heymann-Kötter, § 15 Anm. 8 (S. 48); Baumbach-Duden, § 15 Anm. 4 C i.V.m. Anm. 2 H; Beyerle, BB 1971, S. 1489, der ebenfalls die Parallelwertung zu § 15 Abs. 1 HGB zieht; Bürck, AcP 1971, S. 337; Karsten Schmidt, JuS 1977, S. 217.

3 von Olshausen, BB 1970, S. 144; Baumbach-Duden, § 15 Anm. 4 C i.V.m. Anm. 2 F; Canaris, a.a.O., S. 176, Fn. 31; a.A. Beyerle, BB 1971, S. 1489, der m. E. zu Unrecht annimmt, daß das Erfordernis einer abstrakten Beeinflussung die angestrebte Vereinfachung und Vereinheitlichung aus Gründen der Systematik auf Spiel setze. a.A. wohl auch Bürck, AcP 171, S. 337: "Im Ergebnis ist mithin der Ansicht des Reichsgerichts beizutreten". Zitiert wurde dabei auf S. 336 die Entscheidung RGZ 142,98 ff., die gerade die Haftung für Altschulden im Falle einer Eintragung des Gesellschafterbeitritts ins Handelsregister bejahte.

ließe sich hier argumentieren, daß eine abstrakte Beeinflussung seitens des Altgläubigers durchaus denkbar sei, indem dieser im Vertrauen auf die Mithaftung eines neu eingetretenen Gesellschafters die bestehende Forderung stundet oder zumindest nicht geltend macht. Immerhin läßt sich die Vertrauenshaftung nicht schon mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts rechtfertigen; vielmehr resultiert sie dann aus zusätzlichen Dispositionen, die nach der Bekanntmachung getätigt worden sind. Diese selbständigen, wirtschaftlich nicht unerheblichen Maßnahmen stellen erst die Beziehung zur Rechts-scheingrundlage her, weil erst jetzt die Bekannt-machung zur Grundlage für das Verhalten des ver-trauenden Dritten geworden sein kann. Folglich kommt der Gläubiger seiner Behauptungslast nicht nach, wenn er nur Tatsachen vorträgt, aus denen sich der Abschluß des Vertrages ergibt. Dagegen ist sein Begehren begründet, wenn er nachweislich weitere Dispositionen getroffen hat, wobei er wie-derum nicht die Kenntnis von der Bekanntmachung beweisen muß. In diesem Zusammenhang sind Fälle denkbar, in denen der Gläubiger einseitig gar kei-ne zusätzlichen Dispositionen treffen kann.

Beispiel: Die B-Bank gewährt der X-oHG am 1.1.1976 ein Darlehen, das samt Zinsen am 1.1.1977 zurück-gezahlt werden soll. Zwischenzeitlich wird der Z fälschlicherweise als neuer Gesellschafter der X-oHG benannt. Eine Haftung des Z könnte nach der hier vertretenen Auffassung nicht vor dem 1.1.1977 begründet werden.

Bisher wurde dargelegt, daß der Schutz des Dritten entfällt, wenn er überhaupt nicht durch die Bekannt-machung motiviert werden konnte. Soweit eine gene-relle Beeinflussung möglich ist, wurde der Ver-kehrsschutz in der Weise gesteigert, daß der Nach-

weis einer konkreten Beeinflussung nicht erbracht werden muß.

Damit ist noch nicht die Frage geklärt, ob dem Rechtsscheinbetroffenen wenigstens der Gegenbeweis zu gestatten ist, so daß er die Haftung u. U. abwenden könnte, wenn sich der Dritte zweifelsfrei nicht von der Vorstellung der unrichtigen Tatsache hat leiten lassen. Zur Verdeutlichung soll zunächst ein Beispiel angeführt werden:

Lieferant L steht seit längerem mit der A, B, C-oHG in ständigen Geschäftsbeziehungen. Die Firma ist ihm als solides Unternehmen bekannt. Deshalb und weil er mit A, B, C befreundet ist, verzichtete er stets auf die persönliche Haftung der Gesellschafter¹. Die letzte vertragliche Vereinbarung dieser Art wurde am 1.5.76 getroffen. Kurz darauf fällt die Gesellschaft wider Erwarten in Konkurs. Solange L sämtliche Gesellschafter aus der persönlichen Haftung entließ, glaubte er offenbar, daß das Gesellschaftsvermögen als Haftungsobjekt genügend Sicherheit böte. Die Gesellschafterzahl der oHG beeinflusste ihn daher bisher nicht in seinen Entschlüssen. Sollte sich nun nachträglich herausstellen, daß vor dem 1.5.76 weitere Personen als Gesellschafter in den Amtsblättern aufgeführt sind, so wäre es befremdlich, wenn L diese persönlich gem. § 15 Abs. 3 HGB i.V.m. § 128 HGB in Anspruch nehmen könnte.

Man sollte daher den Rechtsscheinbetroffenen den Gegenbeweis gestatten, denn auf diese Weise wird der Interessenkonflikt zwischen einem umfassenden Verkehrsschutz und dem Haftungsrisiko des Betroffenen sachgerecht gelöst. Liegt eine öffentliche

¹ Zur Zulässigkeit eines solchen Verzichts vgl. Hueck, oHG, § 21 III, Baumbach-Duden, § 128, Anm. 6; Westermann, GesR, Rdz. 354; BGH BB 71, 975.

Bekanntmachung vor, so wird das Vertrauen des Dritten vermutet. Er kommt somit seiner Behauptungslast nach, wenn er sich auf die unrichtige Tatsache beruft. Der in Anspruch Genommene mag dann beweisen, daß trotz der abstrakten Beeinflussungsmöglichkeit des Dritten eine Vertrauensdisposition in Wahrheit nicht vorliegt. Gelingt ihm dies, dann sollte der Richter die Klage abweisen¹. Es wäre im übrigen nicht verfehlt, derartige Überlegungen auch im Rahmen des § 15 Abs. 1 HGB anzustellen².

6. Die Beseitigung des nach § 15 Abs. 3 HGB erzeugten Rechtsscheins

Bei der Frage, wie der Rechtsscheinwirkung einer unrichtigen Bekanntmachung ein Ende zu setzen ist, kann im wesentlichen auf die obigen Ausführungen zur allgemeinen Rechtsscheinhaftung verwiesen werden³. Das bedeutet, daß zur Zerstörung des Vertrauenstatbestandes eine Berichtigung in derselben Form erforderlich ist, wie die falsche Kundgabe erfolgte⁴.

Stimmen das Handelsregister und die Bekanntmachung inhaltlich überein, so erfolgt die Berichtigung gem. § 15 Abs. 2 HGB in der Weise, daß zunächst eine neue Eintragung⁵ vorgenommen wird, die vom Registergericht zur Veröffentlichung weitergereicht wird.

1 Canaris, a.a.O., S. 516; Mossler, a.a.O., S. 154-155; a.A. wohl Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 15 Anm. 10.

2 So auch Canaris, a.a.O., S. 507 ff.(514).

3 Vgl. oben B I 5.

4 Canaris, a.a.O., S. 498.

5 Zur Berichtigung einer unrichtigen Handelsregistereintragung vgl. Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 15,22 sowie oben B I 5.

Da die Rechtsscheinwirkung des § 15 Abs. 3 HGB allein von der Bekanntmachung abhängt, stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Register-eintragung sachlich richtig ist bzw. gänzlich fehlt. Auf diese beiden Problemkreise ist im folgenden näher einzugehen.

a) Die Beseitigung des Bekanntmachungsfehlers
trotz richtiger Handelsregistereintragung

Hier hat das Gericht seiner Pflicht noch nicht genügt, den Inhalt des Handelsregisters gem. § 10 HGB veröffentlichen zu lassen. Es besteht somit eine Amtspflicht des zuständigen Rechtspflegers, eine Korrektur der Bekanntmachung zu bewirken, auf die der Betroffene selbst hinweisen sollte. Sobald das Registergericht die richtige Bekanntmachung veranlaßt hat, die nach Möglichkeit einen Hinweis auf die vorausgegangene unrichtige Bekanntmachung enthalten sollte, tritt zugunsten des Betroffenen die Wirkung des § 15 Abs. 2 HGB ein, denn nunmehr sind seine Verhältnisse im Handelsregister als auch in den Bekanntmachungsblättern richtig wiedergegeben. Eine nochmalige (berichtigende) Eintragung stellt sich als überflüssig heraus.

b) Die Beseitigung des Bekanntmachungsfehlers bei versehentlich unterbliebener Handelsregistereintragung

In diesem Fall ist zunächst zu untersuchen, ob die unrichtige Bekanntmachung allein durch das Versehen des Registergerichts bzw. des Bekanntmachungsträgers verursacht worden ist oder ob sie auf das Verhalten des Betroffenen selbst zurückzuführen ist.

Hat dieser nämlich die Eintragung einer existierenden Tatsache beantragt, so ist wiederum das Registergericht verpflichtet, unverzüglich eine der Wahrheit entsprechende Eintragung vorzunehmen und inhaltlich gleichlautende Bekanntmachungen zu veranlassen, wodurch die zunächst unrichtige Bekanntmachung wirkungslos wird.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, in denen der Publikationsfehler auf eine sachlich unrichtige Anmeldung seitens des Betroffenen zurückzuführen ist und die Handelsregistereintragung aufgrund eines Versehens nicht erfolgt ist. Hier scheint die Vorschrift des § 15 Abs. 2 HGB zu versagen. Ein außerhalb des Registers erzeugter Rechtsschein soll, worauf bereits hingewiesen wurde¹, nicht durch eine berichtigende Eintragung beseitigt werden können. Da auch in diesem Fall wegen der unterbliebenen Eintragung der Registerinhalt nicht zu einer Haftung des Betroffenen führen kann, läge eben gar keine "einzutragende Tatsache" i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB vor. Wollte man gegenteiliger Auffassung sein, so müßte man die Eintragung einer von Anfang an nicht bestehenden Tatsache zulassen, was zu recht unglücklichen Formulierungen führen könnte wie etwa: "Die Scholz & Söhne oHG in Münster besteht entgegen anderslautenden Publikationen

¹ Vgl. oben B I 5.

nicht." Ein so geführtes Handelsregister könnte nur Verwirrung stiften. Diese Fallgruppe läßt sich keinesfalls mit derjenigen einer falschen Voreintragung vergleichen, denn dort bleibt die Übersichtlichkeit des Registers dadurch erhalten, daß bei einer Löschung unmittelbar Bezug genommen werden kann auf die unrichtige Voreintragung. Somit zeichnet sich die Löschung bereits ab. Ist der Bekanntmachungsfehler auf eine unrichtige Anmeldung des Betroffenen zurückzuführen, so kann der Rechtsschein nur durch eine anderslautende Bekanntmachung beseitigt werden, der gleichzeitig die Wirkung des § 15 Abs. 2 HGB zukommen muß¹. Es ist nämlich davon auszugehen, daß § 15 Abs. 2 HGB auch für den im nachfolgenden Absatz geregelten Fall der Rechtsscheinhaftung gilt.

Andernfalls hätte der Gesetzgeber bei Erlaß des Absatzes 3 eine dem Absatz 2 entsprechende Sonderregelung treffen müssen. Da er offenbar übersehen hat, daß es im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB Fälle gibt, bei denen die Zerstörung des Rechtsscheins durch eine berichtigende Handelsregistereintragung nicht möglich ist, muß der berichtigenden öffentlichen Bekanntmachung die generelle Wirkung des § 15 Abs. 2 HGB zukommen. Denn allein aufgrund dieser Vorschrift wird die Kenntnis aller Dritten von der wahren materiellen Lage unwiderleglich vermutet. Zwar könnte der durch eine unrichtige Bekanntmachung Betroffene die Rechtsfolgen des § 15 Abs. 3 HGB auch durch private Rundschreiben an seine Geschäftspartner von sich abwenden, da der erforderliche gute Glaube durch die Kenntnis der wahren Rechtslage dann bei den Gläubigern zerstört wäre. Abgesehen davon, daß derartige Mitteilungen einen gehörigen Aufwand erfordern, wäre der Schutz des Betroffenen aber unvollkommen, wenn er nur auf diese Weise eine drohende Haftung verhin-

¹ Heymann-Kötter, § 15 Anm. 8 (S. 48 unten).

dern könnte. Im Prozeß wäre er genötigt, den Nachweis zu erbringen, daß dem Dritten die Unrichtigkeit der Bekanntmachung bekannt war, während bei einer Berufung auf § 15 Abs. 2 HGB bereits der Hinweis auf die berichtigende Bekanntmachung genügt. Es widerspräche dem Gebot der Gerechtigkeit, wenn man dem Betroffenen in dieser zuletzt genannten Fallgruppe die Möglichkeit eines rasch durchzusetzenden Rechtsbefehls nehmen wollte, der nicht anders als durch eine generell wirkende Berichtigung in den Bekanntmachungsblättern zu verwirklichen ist.

c) Die analoge Anwendung des § 15 Abs. 2 S. 2 HGB zugunsten des Betroffenen

Da nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB die Rechtscheinwirkung mit dem Tage der Bekanntmachung eintritt¹, sind die bisher erörterten Rechtsbehelfe noch unvollkommen. Bei versehentlich unrichtigen Bekanntmachungstexten, die z. B. durch einen Übermittlungsfehler des Registerbeamten oder auch nur durch einen Druckfehler anläßlich der Publikation entstanden sind, kann die Gefahr bestehen, daß der Betroffene von Dritten in Anspruch genommen wird, bevor er eine Berichtigung herbeiführen konnte. Soll man auch hier eine Rechtsscheinhaftung bejahen, obwohl der Betroffene alles in seiner Macht Stehende getan hat, um den Scheintatbestand zu beseitigen²? Die Rechtsscheingfolgen trafen ihn dann wie einen Schicksalsschlag, denn er hatte keinerlei Mittel, das Unausweichliche von sich zu wenden.

1 Heymann-Kötter, a.a.O., § 15 Anm. 8 (S. 48).

2 So Canaris, a.a.O., S. 162; dagegen Capelle, Handelsrecht, S. 28.

Steckhan¹ vertritt dazu die These, daß in entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 2 S. 2 HGB die Vollwirksamkeit der Bekanntmachung erst nach 15 Tagen seit der Veröffentlichung eintreten solle. Wer an den unrichtigen Stand einer Veröffentlichung festgehalten werden kann, muß diesen noch rechtzeitig und wirksam beseitigen können. Zwar mag es zutreffend sein, daß in gewissen Fällen dem Bekanntmachungsbetroffenen die zeitliche Gelegenheit eingeräumt werden muß, die ihn betreffenden Bekanntmachungen zu kontrollieren und berichtigen zu lassen. Dennoch ist die These in ihrer Allgemeinheit unzutreffend.

Das zeigt ein Vergleich mit den gewohnheitsrechtlichen Rechtsscheintatbeständen, denn dort tritt die Rechtsscheinwirkung ohne zeitliche Verzögerung mit dem Akt der Kundgabe ein. Da dem Betroffenen eine unrichtige Handelsregistereintragung nur zugerechnet wurde, wenn er selbst die Unrichtigkeit veranlaßt hatte, bestand nach bisherigem Recht keine Veranlassung, diesem die Gelegenheit einzuräumen, anschließend den Stand der Publikation auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen. Nun darf nicht übersehen werden, daß im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB der unrichtige Bekanntmachungstext in den meisten Fällen eben auch auf eine unrichtige Anmeldung seitens des Betroffenen zurückzuführen sein wird. Hier wäre es verfehlt, den Verkehrsschutz gegenüber dem bisherigen Recht abzuschwächen. Bei Neugründungen von Personengesellschaften, Änderungen der Gesellschafterzahl oder nur

1 a.a.O., S. 225-226; ähnlich auch Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 15 Anm. 27; a.A. Karsten Schmidt, JuS 1977, S. 217, der der Ansicht ist, eine Berichtigung könne die Wirkung des § 15 Abs. 3 HGB nur für die Zukunft beseitigen.

der Haftungsverhältnisse¹ wird die Allgemeinheit gerade am Anfang ein großes Informationsbedürfnis haben. Das Vertrauen Dritter in die Bekanntmachungsblätter muß daher grundsätzlich gewährleistet sein, d. h. der Betroffene muß sich an den Bekanntmachungstext seit dem Tage seines Erscheinens festhalten lassen².

Von diesem Grundsatz wird man nur in krassen Ausnahmefällen, die eingangs geschildert wurden, abweichen dürfen. Erste Voraussetzung dazu ist zunächst, daß der Fehler durch ein Verhalten des Registerbeamten oder der Angestellten beim Publikationsorgan verursacht worden ist³.

Darüber hinaus obliegt dem Betroffenen der Nachweis, daß er die fehlerhafte Bekanntmachung bisher nicht berichtigen konnte. Dieser Nachweis wird ihm in der Regel nicht gelingen, wenn schon die Handelsregistereintragung aufgrund eines Versehens unrichtig war und das Gericht ihn über den Inhalt der Eintragung in Kenntnis gesetzt hatte. Der zuständige Rechtspfleger beim Registergericht wird nämlich von sich aus die Veröffentlichung der unrichtigen Tatsache unterbinden, sobald er auf den Fehler aufmerksam gemacht worden ist. In Eilfällen ist es dem Betroffenen durchaus zuzumuten, sich zu dem Registergericht zu begeben. Aber selbst wenn eine Veröffentlichung in den örtlichen Amts-

1 Etwa bei einer Umwandlung einer KG in eine GmbH & Co. KG.

2 Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan räumen ein, daß es während der 15-Tage-Frist bei den bisherigen Rechtsscheingrundsätzen verbleiben soll. Damit würde eine Abschwächung des Verkehrsschutzes gegenüber dem bisherigen Rechtszustand vermieden; § 15 Anm. 27 HGB.

3 Die Problematik stellt sich demnach nur in den Fällen, in denen § 15 Abs. 3 HGB eine Erweiterung gegenüber den gewohnheitsrechtlichen Rechtsscheingrundsätzen darstellt.

blättern bereits erfolgt ist, wäre es unangemessen, dem Betroffenen eine Schonfrist von 15 Tagen einzuräumen, denn eine berichtigende Darstellung ist sicherlich innerhalb von wenigen Tagen möglich. Eine ähnlich kurze Zeitspanne wird ausreichen, wenn die einzutragende Tatsache erstmals, d. h. ohne Voreintragung im Register, in der örtlichen Tageszeitung unrichtig wiedergegeben ist.

Der soeben geschilderte Rechtsbehelf könnte überflüssig sein, wenn der Betroffene durch Ausgleichsansprüche bereits hinreichend "versichert" wäre¹. Im Interesse der Verlässlichkeit der Bekanntmachung wäre eine Haftung des Betroffenen auch in den Fällen hinzunehmen, in denen er eine Berichtigung der unrichtigen Verlautbarung noch nicht bewirken konnte. Diesen Standpunkt vertritt Gammelin. Der Verfasser meint nämlich, daß immer dann, wenn eine falsche Bekanntmachung durch eine richtige Anmeldung zustande kommt, dem Betroffenen ein Regreßanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zusteht². Nach meiner Überzeugung sind jedoch Fälle denkbar, in denen der Betroffene das volle Risiko tragen würde, etwa wenn ein Druckfehler ausschließlich auf ein Versagen eines technischen Gerätes zurückzuführen sein wird. Dieses Restrisiko erkennt auch Gammelin, der es aber wegen des Zufallscharakters als relativ gering einschätzt³. Häufig sei bei der Auslieferung unrichtiger Bekanntmachungstexte auch der Vorwurf mangelnder Kontrolle zu erheben⁴. Das letzte Argument trifft jedoch dann nicht zu, wenn das Bekanntmachungsblatt über eine hohe Auflage verfügt und der Druckfehler nur in wenigen⁵ Aus-

1 Gammelin, Rechtsscheinhaftung, S. 38.

2 Gammelin, a.a.O., S. 50-51, 165-166; vgl. auch oben B II 3 a.

3 Gammelin, a.a.O., S. 52.

4 Ebenda.

5 Hierbei kann es sich u. U. aber durchaus um mehrere Hundert Exemplare handeln.

gaben erscheint. Wurde die gedruckte Auflage sogar sorgfältig kontrolliert, indem sie stichprobenhaft auf ihren Inhalt hin überprüft wurde, so kann ein menschliches Verhalten¹ für den eventuell eingetretenen Schaden nicht verantwortlich gemacht werden. Beispielsweise könnte der Text unvollständig abgedruckt worden sein, weil beim Druckvorgang ein **maschineller Fehler eingetreten ist**. Obwohl derartige Fallkonstellationen zugegebenermaßen sehr selten vorkommen werden, sollten diese Überlegungen, die eine Haftung des Betroffenen ohne einen gesicherten Regreßanspruch möglich erscheinen lassen, dazu führen, seine Haftung nach § 15 Abs. 3 HGB gänzlich auszuschließen. Dieses Privileg kann ohne hin nur, wie oben ausgeführt wurde, für die kurze Zeitspanne gelten, bis der Betroffene die Berichtigung herbeiführen konnte. Für den Handelsverkehr stellt sich dieses Ergebnis nicht als unerträglich dar, weil sich bei ihm sehr schnell die Erkenntnis bilden kann, daß Bekanntmachungen innerhalb einer kurzen Frist einer Korrektur unterliegen können. Im übrigen wird auch der vertrauende Dritte Regreßansprüche gegen den Staat geltend machen können², soweit die unrichtige Bekanntmachung durch ein Fehlverhalten eines Beamten beim Registergericht bzw. eines Bediensteten beim Publikationsorgan hervorgerufen worden ist³. Mit dieser Lösung wird der Gläubigerschutz nahezu umfassend gewährleistet, da nur in Einzelfällen dem

1 Gammelín hält die Staatshaftung für sehr weitreichend, weil der Verschuldensmaßstab im Rahmen des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG nahezu verobjektiviert sei. Vgl. S. 52-54. Das mag zutreffen. Doch setzt die Verschuldensfrage ein menschliches Verhalten voraus.

2 So auch K. Schmidt, JuS 1977, S. 217.

3 Vgl. oben B II 3 a.

überragenden Interesse des Betroffenen Rechnung getragen wird, der gleichzeitig gezwungen wird, so schnell wie möglich alles in seiner Macht Stehende zur Beseitigung des Rechtsscheins zu unternehmen.

Die bisherigen Ausführungen bedürfen noch einer Ergänzung. Dem Betroffenen nutzt eine Schonfrist von wenigen Tagen nicht, wenn die von ihm angemeldete Tatsache im Handelsregister richtig eingetragen und desgleichen in den örtlichen Amtsblättern fehlerfrei veröffentlicht wird, dann aber im Bundesanzeiger falsch abgedruckt wird, da der Bundesanzeiger nur monatlich erscheint. Soll man eine Haftung des Betroffenen bis zum Erscheinen des nächsten Bundesanzeigers verneinen? Angesichts des Normierungszwecks, eine Rechtsangleichung innerhalb der EG herbeizuführen, erscheint mir diese Lösung kaum tragbar. Zudem würde das Vertrauen in das wichtigste Bekanntmachungsblatt zu stark entkräftet. Eine Berichtigung in einem örtlichen Amtsblatt, die innerhalb weniger Tage erfolgt, kann gerade noch hingenommen werden. Entsprechendes gilt nicht mehr für die Dauer von einem Monat. Da dieser Fall nur äußerst selten vorkommen wird, ist es im Interesse der Verkehrssicherheit gerechtfertigt, den Betroffenen auf den Rechtsbehelf privater Mitteilungen zu verweisen. Kann er einen Schaden dadurch nicht abwenden, verbleibt ihm ein Regreßanspruch gegen den Träger des Bundesanzeigers, soweit dessen Angestellte den Fehler verursacht haben¹. Ein verbleibendes Haftungsrisiko zu Lasten des Betroffenen muß hingenommen werden. In diesem stark eingeengten Bereich stellt § 15 Abs. 3 HGB eine reine Rechtsscheinnorm dar, weil

¹ Vgl. oben B II 3 a.

sich der dringend gebotene Verkehrsschutz nicht anders verwirklichen läßt¹.

Insgesamt hat sich demnach gezeigt, daß eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 2 HGB nicht angebracht ist. Vielmehr tritt die Rechtsscheinwirkung mit dem Tage der Bekanntmachung ein. Eine Ausnahme ist nur zulässig, wenn dem Betroffenen der Nachweis gelingt, daß er eine Berichtigung der nicht von ihm zu vertretenden Falschmeldung nicht bewirken konnte. Wie lang diese Schonfrist sein soll, richtet sich nach dem konkreten Einzelfall. Mitteilungen des Bundesanzeigers wirken allerdings stets zu Lasten des Betroffenen.

III. Die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 HGB auf die bisherigen handelsrechtlich anerkannten Rechtsscheintatbestände

Der Vertrauensschutz des § 15 Abs. 3 HGB knüpft nur an die Bekanntmachung an. Dagegen bleibt offen, was gelten soll, wenn ein Dritter auf eine unrichtige Handelsregistereintragung vertraut hat. Solange eine Bekanntmachung (noch) nicht vorliegt, greift § 15 Abs. 3 HGB seinem Wortlaut nach nicht ein. Das gleiche gilt, wenn trotz einer unrichtigen Eintragung die anschließende Bekanntmachung sachlich richtig ist. Für diesen Bereich könnten die bisherigen gewohnheitsrechtlichen Grundsätze fort gelten. Allerdings stellt sich die Frage, ob sie nicht durch eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB verdrängt werden können.

¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen zu § 15 Abs. 1 HGB unter B I 1.

1. Die analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB bei unrichtigen Handelsregistereintragungen

Bürck¹ vertritt die Auffassung, daß in den Fällen, in denen die Bekanntmachung fehlt, der Dritte jedoch die unrichtige Eintragung kennt, § 15 Abs. 3 HGB analog anzuwenden sei. Das folgert er daraus, daß im Falle des § 15 Abs. 3 HGB ein konkretes Vertrauen in den Scheintatbestand² nicht erforderlich sei. Unstreitig sei jedoch der Gläubiger schutzwürdig, der sein Verhalten aufgrund der Bekanntmachung bestimmt hat. Gleiches müsse dem bisherigen Rechtszustand entsprechend im Wege der Analogie für solche Dritte gelten, die im Vertrauen auf eine Eintragung gehandelt haben, wenn eine Bekanntmachung fehlt. Es läge hier evident eine Regelungslücke vor³. Tatbestandsmäßig würden sich die Fälle nur dadurch unterscheiden, daß in dem gesetzlich geregelten Fall Anknüpfungspunkt für das geschützte Vertrauen Dritter die öffentliche Bekanntmachung sei, während hier die Eintragung als schutzbegründendes Publikationsmittel infrage stehe. Die Interessenlage der Beteiligten in den nicht gesetzlich geregelten Fällen gleiche den von § 15 Abs. 3 HGB erfaßten Fällen vollständig. Die Schutzwürdigkeit der Dritten sei zudem identisch. Es dürfe daher keinen Unterschied machen, ob jemand auf eine Bekanntmachung oder eine Registereintragung vertraut hat⁴.

Als zusätzliches Argument ließe sich noch ins Feld führen, daß das Handelsregister als primäre Informationsquelle über ein Unternehmen eine größere Richtigkeitsgewähr bietet und damit eigentlich ein

1 AcP 1971, 337-339.

2 Vgl. oben B II 5 b.

3 Bürck, AcP 171, S. 338 wie auch im folgenden.

4 Im Ergebnis ebenso: Sandberger, JA 1973, S. 219.

höheres Vertrauen genießen müßte, als die sekundäre Quelle der Bekanntmachungsblätter. Freilich läßt sich dagegen gleich einwenden, daß die öffentlichen Bekanntmachungen dem Publikum leichter zugänglich sind und daher in der Praxis ausschließlich als Informationsquelle verwertet werden, so daß es vom Standpunkt des Gesetzgebers her gesehen nicht als willkürlich bezeichnet werden kann, das Vertrauen in die Bekanntmachungsblätter stärker zu schützen.

2. Ablehnung einer analogen Anwendung des § 15
Abs. 3 HGB

Für eine Analogiebildung reicht die Feststellung nicht aus, daß die Interessenlage hinsichtlich des Verkehrsschutzes bei einer lediglich unrichtigen Eintragung mit der in den in § 15 Abs. 3 HGB geregelten Fällen vergleichbar ist. Die Analogie ist nämlich ein methodisch anerkanntes Mittel der gesetzlichen Lückenausfüllung¹. Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn für eine bestimmte Fallgestaltung keine Rechtsregel vorhanden ist. Bei der Lückenfeststellung sind daher auch die im Gewohnheitsrecht gegebenen, der Anwendung fähigen Rechtsregeln zu berücksichtigen².

Entsprechend dieser Definition kann eine Regelungslücke schon nicht festgestellt werden. Wird eine Eintragung nachträglich unrichtig, so ist der Fall bereits durch § 15 Abs. 1 HGB gesetzlich erfaßt. Der noch verbleibende Bereich für anfänglich unrichtige Eintragungen kann mit Hilfe des bereits

1 Larenz, Methodenlehre, S. 366 ff.

2 Larenz, Methodenlehre, S. 354.

bestehenden Gewohnheitsrechtes¹ sachgerecht gelöst werden. Da somit eine Rechtslücke nicht vorhanden ist, besteht die Notwendigkeit der Lückenausfüllung nicht.

Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des Abs. 3 in § 15 HGB erkennbar ein Sachgebiet abschließend regeln, wie dies die Begründung zum Regierungsentwurf erkennen läßt². Dort wird ausdrücklich auf den Fall verwiesen, daß eine Tatsache unrichtig ins Handelsregister eingetragen, aber richtig bekanntgemacht worden ist. Es wird betont, daß hierfür die geltenden Rechtsscheingrundsätze maßgeblich bleiben. Der Gesetzgeber wollte kein umfassendes neues Rechtsscheinsystem ins Handelsrecht einführen, sondern für die nicht von § 15 Abs. 3 HGB erfaßten Fälle die bisher anerkannten Rechtsgrundsätze unangetastet lassen. Dieses "beredete" Schweigen der Rechtsnorm verbietet seine Ausweitung auf nicht von ihr geregelte Sachgebiete, denn das methodisch anerkannte Mittel der Lückenausfüllung gilt nur für die Fälle, die der Gesetzgeber - etwa wegen gesellschaftlicher Veränderungen - nicht hat voraussehen können. Wenn der Gesetzgeber mit Absicht ein bestimmtes Sachgebiet nicht in ein Gesetz aufnimmt, ist eine richterliche Rechtsfortbildung unzulässig³.

Letztlich wäre es unbillig, von einem ausgewogenen Haftungssystem, wie es die geltenden gewohnheitsrechtlichen Rechtsscheingrundsätze darstellen, im Wege der Analogie einseitig zu Lasten der Betrof-

1 Von Gewohnheitsrecht sprechen: Westermann, JuS 1963, S. 4; Würdinger in Großkomm. HGB, § 15 Anm. 30; J.v.Gierke, Handelsrecht, § 12 V; Hueck, oHG § 5 III (S. 47).

2 Reg.Entwurf, BT-Drucksache V, 3862, S. 10-11.

3 Larenz, Methodenlehre, S. 354 f.; im Ergebnis so auch Hofmann, Handelsrecht, C V 3 c) aa) (S. 93).

fenen abzurücken. Dabei wäre sogar zu befürchten, daß ein unsicherer Rechtszustand geschaffen würde, denn bei einer analogen Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB müßte der Richter zunächst den Geltungsbereich des neuen Gesetzes abstecken, wobei völlig offen ist, welcher der oben dargestellten Literaturmeinungen¹ er sich anschließen wird, so daß zunächst die Auslegung von Gericht zu Gericht unterschiedlich ausfallen kann. Insgesamt ist eine Ausweitung des § 15 Abs. 3 HGB im Wege der Analogie eindeutig abzulehnen. Sein Anwendungsbereich ist strikt auf den Wortlaut zu beschränken. Die handelsrechtlich anerkannten Rechtsscheingrundsätze gelten in den von § 15 Abs. 3 HGB nicht geregelten Fälle fort. Dies gilt natürlich auch für den außerhalb des Handelsregisters erzeugten Rechtsscheintatbestand².

IV. Die Auswirkung des Scheins im Hinblick auf § 124 HGB

Sämtliche oben dargelegten Haftungstatbestände aus erzeugtem Rechtsschein haben eines gemeinsam. Sie dienen ausschließlich dem Verkehrsschutz. Weder die Registereintragung noch die öffentliche Bekanntmachung noch sonstige Erklärungen an die Öffentlichkeit oder an einzelne Dritte wirken zugunsten der Betroffenen. Eine Gesellschaft besteht nicht. Ihr steht kein Firmenrecht zu³, sie kann keine Prokura erteilen, sie kann weder klagen noch verklagt wer-

1 Vgl. oben B II 3 b - e.

2 Ebenso: Beyerle, BB 1971, S. 1487; Fabricius, a.a.O., S. 67; von Olshausen, BB 1970, S. 144; Steckhan, DNotZ 1971, S. 229; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 15 Anm. 21; Canaris, a.a.O., S. 167; K. Schmidt, JuS 1977, S. 215; Hofmann, Handelsrecht, C V 3 c) aa) (S. 93).

3 RGZ 37,58(62); h.L. vgl. Westermann, GesR, Rdz. 106; Hueck, oHG, § 5 III.

den. Die gegen die Scheingesellschaft gerichtete Klage kann aber in eine Klage gegen die Scheingesellschafter berichtigt werden¹. Über das Vermögen der Scheingesellschaft ist kein Konkurs zulässig. Die Fiktion der Gesellschaft reicht nur soweit, als dadurch im Verhältnis zu den Gläubigern die persönliche Haftung der Scheingesellschaft ermöglicht wird. Dagegen vertritt Canaris die Ansicht, die Scheingesellschaft könne unter ihrer Firma klagen und verklagt werden². Für die Beklagtenrolle der Schein-oHG folgert er dies aus dem Bedürfnis der Gläubiger, "in den Genuß der Vorteile des § 124 I HGB zu kommen". Beispielsweise müßten diese darauf vertrauen können, daß sie die Scheingesellschaft nach § 17 ZPO an ihren Sitz verklagen können und nicht jeden Gesellschafter einzeln bei dem für diesen zuständigen Gericht belangen müssen. Die aktive Parteifähigkeit müßte man der Scheingesellschaft "nach dem Grundsatz der Waffengleichheit und in Analogie zu § 50 II HS 2 ZPO" zugestehen.

Indes würde sich eine solche Handhabe wie ein Schlag ins Leere herausstellen, denn die Scheingesellschaft ist rechtlich ein Nichts, so daß sich eine Klage gegen sie schon aus logischen Gründen verbietet. Mit einem obsiegenden Urteil wäre den Gläubigern nicht gedient. Ihr Interesse kann nur dahin gehen, möglichst effektiv ihre Ansprüche gegenüber den natürlichen Personen zu verwirklichen, die den Scheintatbestand erzeugt haben. Das mag unter Umständen die Konsequenz haben, daß sie die Scheingesellschafter einzeln an verschiedenen Gerichten verklagen müssen. Dennoch ist ihnen mit der Auf-

1 Westermann, GesR, Rdz. 106; Hueck, oHG, § 5
III Fn. 21 jeweils m.w.N.

2 a.a.O., S. 170 und NJW 1974, 456.

klärung des wahren Sachverhaltes in jeder Beziehung mehr gedient, als ein Urteil zu erringen, das sie als Vollstreckungstitel gegenüber den Gesellschaftern nicht verwerten können. Schließlich steht es den Gläubigern jederzeit frei, nur einen Scheingesellschafter zu verklagen, denn die analoge Haftung gem. § 128 HGB macht diesen für sämtliche Verbindlichkeiten haftbar, womit sich eine Prozeßhäufung umgehen ließe.

Canaris bejaht ferner die Möglichkeit eines Konkurses, sofern ein Gesamthandsvermögen oder ein Scheinvermögen vorhanden ist¹. Was unter dem Begriff "Scheinvermögen" zu verstehen ist, erwähnt der Autor nicht. Die Eigentumsverhältnisse und Forderungsrechte müssen sich stets gewissen Personen oder Personenmehrheiten zuordnen lassen. Diese Zuordnung muß gleichsam als Vorfrage in jedem Zwangsvollstreckungs- und Konkursverfahren geklärt sein. Andernfalls ist ein Zugriff auf Vermögensbestandteile nicht möglich. Es geht also nicht darum, "Scheinvermögen" anzuerkennen, sondern zu erforschen, welchen natürlichen Personen, die sich hinter der Scheingesellschaft verbergen, Vermögensgegenstände zuzuordnen sind. Mag dies im Einzelfall für die Gläubiger umständlich sein, so ist dies im Interesse der Rechtsklarheit unumgänglich.

Die gegen die h.L. vorgebrachten Argumente Canaris vermögen insgesamt nicht zu überzeugen². Allerdings stellt sich die Sachlage anders dar - und insoweit kann der Ansicht im gewissen Umfang zugestimmt werden -, wenn ein Gesellschaftsverhältnis auf einer mangelhaften Vertragsgrundlage beruht³.

1 a.a.O., S. 170.

2 Im Ergebnis so auch: Teichmann-Schick, JuS 1975, S. 21.

2 Dazu unten C II 1, 3.

V. Zusammenfassung

Schon immer ist die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht von großer Bedeutung gewesen. Während jedoch früher nur ein Tatbestand in § 15 Abs. 1 HGB eine gesetzliche Regelung erfahren hat und die verbleibende Regelungslücke durch die gewohnheitsrechtlichen Tatbestände der Rechtsscheinhaftung geschlossen wurde, liegt heute nach Erlaß des § 15 Abs. 3 HGB n.F. das Schwergewicht auf den gesetzlichen Regelungen. Damit ist gleichzeitig angedeutet, daß § 15 Abs. 3 HGB sich in das System der handelsrechtlichen Rechtsscheinhaftung einordnet und daß trotz der gesetzlichen Regelung auch in Zukunft eine Gesetzeslücke bestehen bleibt, die durch die bisherigen Gewohnheitssätze zu schließen sein wird.

Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht stellt kein allgemeines Prinzip dar, das in sich wesentliche Wertungsmaßstäbe vereinigt. Es besagt eigentlich nur, daß eine materielle Voraussetzung einer Rechtsfolge durch den Rechtsschein ersetzt wird. Gemeinsam ist den handelsrechtlichen Normen wohl, daß sie Vertrauenstatbestände darstellen, d. h. sie setzen die Gutgläubigkeit des Anspruchsstellers voraus¹.

¹ Dies trifft allerdings nicht für § 5 HGB zu, der einen absoluten Verkehrsschutz verwirklicht. Jedoch ist streitig, ob Normen, die auch zugunsten des Bösgläubigen wirken und von dem Betroffenen selbst in Anspruch genommen werden können, noch als Rechtsscheintatbestände zu qualifizieren sind; dagegen: Canaris, a.a.O., S. 1 und S. 173; Karsten Schmidt, DB 1972, S. 961; JuS 1977, 212; Oertmann, ZHR 1930, S. 473; a.A.: Ennecerus-Nipperdey, BGB I 1. Halbbd., S. 470; mit Einschränkung auch Sandberger, JA 1973, S. 216, der davon spricht, daß § 5 HGB im Kreis der Rechtsscheintatbestände systematisch eine Sonderstellung einnähme.

Im übrigen sind sie in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedlich ausgestaltet. Dem Bedürfnis, den Handelsverkehr vor Rechtsunsicherheiten zu befreien, wird am weitesten in § 15 Abs. 1 HGB genüge getan. Das Vertrauen in die Fortwirkung einer im Handelsregister eingetragenen, einst gültigen Rechtsstellung wird auch dann geschützt, wenn der Betroffene an der Entstehung des Rechtsscheins nicht durch ein eigenes Verhalten mitgewirkt hat. Ferner setzt die Haftung nach § 15 Abs. 1 HGB nicht den Nachweis voraus, daß die Dritten im Vertrauen auf die Eintragung gehandelt haben. Trotzdem wird auf einen kausalen Zusammenhang zwischen der Disposition und dem Rechtsschein nicht völlig verzichtet, denn der Vertrauensschutz ist auf die Fälle zu beschränken, in denen wenigstens die abstrakte Möglichkeit einer Willensbeeinflussung des gutgläubigen Dritten bestand. Im Bereich des Deliktsrechts wird § 15 Abs. 1 HGB deshalb nicht angewandt.

Während § 15 Abs. 1 HGB nur das Vertrauen in das Schweigen des Handelsregisters schützt (sog. negative Publizitätswirkung), werden in § 15 Abs. 3 HGB von vornherein unrichtige Bekanntmachungen zur Grundlage einer Rechtsscheinhaftung erhoben (sog. positive Publizitätswirkung). Im einzelnen müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Es muß eine unrichtige Bekanntmachung im Bundesanzeiger oder einem anderen öffentlichen Amtsblatt i.S.d. § 11 HGB vorliegen. Unrichtig ist die Bekanntmachung, wenn sie nicht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Dagegen muß nicht etwa eine Diskrepanz zum Handelsregister vorliegen, so daß der Gutglaubensschutz auch eingreift, wenn eine mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmende Handelsregistereintragung vorhanden ist, diese in anderer Weise als die Bekanntmachung von der Wirklichkeit abweicht oder gänzlich fehlt.

- Es muß eine Bekanntmachung einer "einzutragenden Tatsache" vorliegen. Mithin ist § 15 Abs. 3 HGB nicht für bloß eintragungsfähige Tatsachen anwendbar, sondern nur für abstrakt eintragungspflichtige Tatsachen.
- Die Zurechnung des Rechtsscheins im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB erfolgt nach dem erweiterten Veranlassungsprinzip. Der Vertrauensschutz tritt aber stets hinter dem Minderjährigenschutz zurück.
- Der Anspruch des Dritten entfällt, wenn er nicht gutgläubig gewesen ist, d. h. hier, wenn er die wahre Rechtslage gekannt hat.
- Zwischen der Disposition des Dritten und dem Rechtsschein muß wie im Falle des § 15 Abs. 1 HGB ein abstrakt kausaler Zusammenhang bestehen. Der Dritte kann sich nicht auf eine unrichtige Bekanntmachung berufen, wenn sein Verhalten objektiv nicht durch sie bestimmt werden konnte. Ansprüche aus dem Deliktsrecht werden daher nicht durch § 15 Abs. 3 HGB gedeckt. Das gleiche gilt für Forderungen, die bereits vor dem Tage der Bekanntmachung wirksam entstanden waren.
- Die Rechtsscheinwirkung wird gem. § 15 Abs. 2 HGB dadurch beseitigt, daß die Rechtsverhältnisse des Betroffenen sowohl im Handelsregister als auch in den Bekanntmachungsblättern richtig wiedergegeben werden. Ausnahmsweise kann die Rechtsscheinerstörung allein durch eine berichtigende Bekanntmachung erfolgen, und zwar, wenn der Rechtsschein außerhalb des Handelsregisters erzeugt wurde und deshalb eine berichtigende Eintragung nicht möglich ist. Die Bekanntmachungswirkung tritt grundsätzlich mit dem Tag der Veröffentlichung ein. Ist die Fehlerquelle dem Betroffenen nicht unmittelbar anzulasten, dann ist ihm die Möglichkeit einer Berichtigung einzuräumen. Hierfür wird eine Frist von wenigen Tagen ausreichen.

- § 15 Abs. 3 HGB ist einer analogen Anwendung nicht zugänglich. Bei bloß unrichtigen Eintragungen oder privaten Verlautbarungen gelten die bisherigen gewohnheitsrechtlichen Tatbestände fort.

Diese Grundsätze sind insofern milder, als sie im Rahmen der Zurechnung eine unmittelbare Veranlassung erfordern. Eine Haftung des Betroffenen scheidet daher aus, soweit eine unrichtige Verlautbarung nicht direkt von ihm stammt, sondern auf ein Fehlverhalten einer anderen Person zurückzuführen ist.

Im übrigen ist der Haftungsmaßstab davon abhängig, ob der Rechtsschein auf einer Handelsregistereintragung beruht oder allein auf ein Verhalten des Betroffenen. In der ersten Fallgruppe ist der Dritte nur dann bösgläubig, wenn er positive Kenntnis von der wirklichen Rechtslage hat, während in den übrigen Fällen im Einzelfall schon die Unkenntnis aufgrund leichter Fahrlässigkeit schaden kann. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 HGB liegt eine solche fahrlässige Unkenntnis in der Regel vor, wenn die Verhältnisse des Betroffenen richtig eingetragen und bekanntgemacht sind. Doch ist trotz der Wirkung des § 15 Abs. 2 HGB eine Rechtsscheinhaftung aufgrund eigenen Verhaltens ausnahmsweise möglich. Ferner ist grundsätzlich zu fordern, daß der Dritte bei seinen Dispositionen auf den Rechtsschein vertraut hat. Beweisen muß er dies allerdings nur, soweit der Rechtsschein außerhalb des Registers erzeugt wurde. Bei der Registereintragung wird das Vertrauen vermutet.

Der durch eine unrichtige Registereintragung hervorgerufene Rechtsschein wird durch eine richtige Eintragung und Bekanntmachung beseitigt (§ 15 Abs. 2 HGB). Andere Verlautbarungen können auf

diesem Weg nicht richtig gestellt werden; sie müssen in derselben Weise widerrufen werden, wie sie begründet wurden.

Sämtliche Rechtsscheintatbestände dienen ausschließlich dem Verkehrsschutz. Sie können daher nicht von den Betroffenen selbst in Anspruch genommen werden.

C. Die fehlerhafte Personenhandelsgesellschaft

Mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 13.11. 1940¹ fand die Lehre von der fehlerhaften oder, wie man damals noch sagte, der faktischen Gesellschaft Anerkennung durch die Rechtsprechung und ist seitdem ein fester Bestand unserer Rechtsordnung geworden². Die Lehre hat mittlerweile ein derartiges Eigengewicht erlangt, daß die ihr zugrunde liegenden Wertungsüberlegungen kaum noch überprüft werden. Das Reichsgericht begründete den Bestand einer faktischen Gesellschaft noch damit, daß Rechtstatsachen geschaffen seien, die nach außen hin aus Gründen des Rechts und der Verkehrssicherheit nicht mehr ungeschehen gemacht werden und deshalb auch nicht unbeachtet bleiben könnten. Die Erfordernisse des Gläubigerschutzes beeinflussen also auch das Innenverhältnis der Gesellschaft. Die teilweise rechtliche Anerkennung der Gesellschaft im Außenverhältnis über die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung hat dazu geführt, auch im Verhältnis unter den Gesellschaftern Gesellschaftsrecht anzuwenden³.

Die moderne Argumentation des Bundesgerichtshofes verläuft gerade umgekehrt. Heute steht die Bewertung des Innenverhältnisses im Vordergrund. Eine auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaft soll nicht mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben gestrichen werden, auch wenn sie auf einem fehlerhaften Gründungsvertrag

1 RGZ 165, 193.

2 Ein Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts findet sich bei Ronke, Festschrift f. Laufke, S. 217 ff. und über jene des Bundesgerichtshofes ebenfalls bei Ronke, Festschrift f. Paulik, S. 55 ff.

3 Vgl. RGZ 165, 204, 205; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 72.

beruht¹. Die fehlerhafte Gesellschaft verdient demnach solange Bestandsschutz, bis ein Auflösungsgrund geltend gemacht wird. Bis dahin wird sie wie eine voll wirksame Gesellschaft behandelt. Diese Überlegungen werden nun auch auf das Außenverhältnis übertragen, so daß die in diesem Bereich geltenden, engere Voraussetzungen erfordernden Rechtsscheingrundsätze beiseite geschoben wurden.

Zu welch unangemessenen Ergebnissen die Rechtsprechung führen kann, soll an einem Beispiel des fehlerhaften Beitritts eines Gesellschafters in eine oHG erläutert werden:

Eine oHG ist konkursreif; die Gesellschafter suchen einen Geldgeber, durch dessen Beteiligung sie das Unternehmen sanieren wollen. Es gelingt ihnen, durch geschickt frisierte Bilanzen in einem wohlhabenden Mann den falschen Eindruck zu erwecken, es handele sich um eine gut wirtschaftende Gesellschaft. Der Mann tritt mit der Hoffnung auf Gewinn in das Unternehmen ein. Nachdem er als Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen worden ist, bemerkt er den Schwindel. Er ficht seinen Beitrittsvertrag sofort wegen arglistiger Täuschung an. Die anderen Gesellschafter geben ihr Täuschungsmanöver zu und erkennen die Nichtigkeit des Eintritts in das Unternehmen an.

Ein Gläubiger, der schon lange um sein Geld gebangt hat, erfährt von dem Vorgang und verlangt von dem wohlhabenden Mann, gestützt auf § 130 HGB, die Bezahlung seiner Forderung².

¹ BGHZ 55,5 ff.(8).

² Der Fall wurde in etwas abgewandelter Form von Reindl, Festschrift f. Demelius, S. 427, übernommen.

Der Bundesgerichtshof hat diesen Fall¹ und den ähnlichen Fall des fehlerhaften Beitritts in das Geschäft eines Einzelkaufmannes² dahin entschieden, daß der getäuschte Gesellschafter auch für die Altschulden des Unternehmens aufkommen müsse. Eine Heranziehung der gewohnheitsrechtlichen Rechts-scheingrundsätze hat er mit dem lapidaren Satz abgelehnt, "eine andere Beurteilung würde das Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft, das in jahrzehntelanger Entwicklung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft allgemeine Anerkennung gefunden hat, wieder infrage stellen"³.

Die Lösung des Falles macht m. E. deutlich, daß eine starre, gleichsam schematische Anwendung des Rechtsinstituts der 'fehlerhaften Gesellschaft' zu einer unheilvollen Einheitslösung führt⁴. Es bedarf daher einer näheren Betrachtung der Gründe, die zu dieser Rechtsauffassung geführt haben.

Die h.L. kommt zu diesen Ergebnissen, indem sie ein argumentum a fortiori bildet. Sie meint, ein Mangel eines Gesellschaftsvertrages, der sich noch nicht einmal im Innenverhältnis auswirke, könne im Außenverhältnis erst recht keine Beachtung finden⁵. Folgerichtig beurteilt sie die Haftung der Gesellschafter unmittelbar nach den ge-

1 BGHZ 44, 235.

2 BGH NJW 1972, 1466.

3 BGH NJW 1972, 1467.

4 Vgl. auch die Kritik bei Möschl, Festschrift für Hefermehl, S. 171-175; Reindl, Festschrift f. Demelius, S. 430.

5 BGHZ 44, 235; BGH NJW 1972, 1466; Hueck, oHG, § 7 II; Staudinger-Geiler-Kessler, § 705, Anm. 106; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 705, Anm. 118; Palandt-Thomas, § 705 Anm. 3 d; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 17; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 104; Baumbach-Duden, § 105 Anm. 8 G.

sellschaftsrechtlichen Normen¹ und hält die Heranziehung von Rechtsscheingrundsätzen für überflüssig. Die Auffassung führt damit zu einem absoluten Verkehrsschutz, der die Gesellschafter, wie das angeführte Beispiel verdeutlicht, wesentlich rigoroser trifft als eine vergleichbare Haftung nach § 15 Abs. 3 HGB.

Um die Argumentation der h.L. verstehen zu können, muß zunächst die Rechtsfigur der 'fehlerhaften Gesellschaft' dargestellt werden (C I). Ziel dieser Arbeit kann es nicht sein, auf die vielfältigen Rechtsbeziehungen der an einer 'fehlerhaften Gesellschaft' beteiligten Mitglieder einzugehen. Dennoch kann aus zwei Gründen nicht darauf verzichtet werden, das Innenverhältnis der auf einer mangelhaften Vertragsgrundlage beruhenden Gesellschaft zu beschreiben.

Die Notwendigkeit ergibt sich einmal daraus, daß gewisse Mängel anlässlich der Gesellschaftsgründung kaum Auswirkungen zeitigen und somit die Gültigkeit des Gesamtvertrages nicht beeinträchtigen. Diese Fallgruppe ist aus dem Themenbereich auszuklammern, da derartig leichte Vertragsmängel den Bestand der Gesellschaft nicht berühren und deshalb auch für die Haftung der Gesellschafter keine besonderen Probleme aufwerfen (C I 1, 2).

Zum anderen hängt die Frage, inwieweit die Gesellschafter persönlich für die "Gesellschaftsschulden" eintreten müssen, von dem Verständnis ab, das man über dieses Institut entwickelt. Im Vordergrund wird die Untersuchung stehen, ob es eine dogmatisch fundierte Erklärung dafür gibt, warum eine

¹ Z. B. §§ 128, 130 HGB.

'Gesellschaft' ohne wirksamen Gründungsvertrag als existent behandelt werden muß (C I 3). Gibt es eine solche Erklärung nicht, dann ist auch die Gesellschafterhaftung infrage gestellt. Gelingt darüber hinaus der Nachweis, daß die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter durch einen fehlerhaften Gründungsvertrag anders gestaltet werden als durch einen fehlerfreien, so wäre der Erst-recht-Schluß der h.L. schon in einem wesentlichen Punkt widerlegt.

Mit Hilfe dieser Vorüberlegungen sollen im Anschluß die Auswirkungen der fehlerhaften Innengesellschaft auf das Außenverhältnis überprüft werden (C II), wobei zunächst die Argumente der h.L. einer weiteren kritischen Würdigung unterworfen und den abweichenden Literaturmeinungen gegenübergestellt werden sollen. Zum Schluß werde ich meine These erläutern, daß die Haftung der Gesellschafter nach Rechtsscheingrundsätzen zu beurteilen ist (C II 3).

I. Die fehlerhafte Innengesellschaft

1. Fehler, die nicht unbedingt zur Nichtigkeit des gesamten Vertragswerkes führen

Gesellschaftsverträge sind häufig sehr umfangreich und regeln eine Fülle von Einzelfragen. Sind einzelne Klauseln einer derartigen Vereinbarung nichtig, so erhebt sich die Frage, ob deshalb dem Vertrag insgesamt die Gültigkeit abzusprechen ist. Dieses Ergebnis wäre unbefriedigend, wenn letztlich eine unbedeutende Detailregelung den Gesamtvertrag vernichten würde, entspräche aber im Zweifel der Auslegungsregelung des § 139 BGB.

a) Die Praxis hilft sich in solchen Fällen häufig damit, daß sog. "salvatorische Klauseln" vereinbart werden. Diese bestimmen, daß die Ungültigkeit einzelner Abmachungen die Gültigkeit des Vertrages im übrigen nicht berühren soll¹. Um dadurch auftauchende Vertragslücken in Zukunft zu vermeiden, wird teilweise zusätzlich vereinbart, die nichtigen Bestimmungen durch eine neue Regelung zu ersetzen². Gegen ein solches Vorgehen ist nichts einzuwenden, da § 139 BGB nur eine Auslegungsregel darstellt.

b) Auch ohne eine salvatorische Klausel besteht die Möglichkeit, die Nichtigkeit auf einzelne Vertragsteile zu beschränken. Ob der Vertrag nämlich insgesamt ungültig ist, hängt vom Parteiwillen ab; nach § 139 BGB ist die Frage ja nur im Zweifel zu bejahen.

Erman³ weist mit Recht darauf hin, daß aus dem häufigen Vorkommen solcher Klauseln geschlossen werden kann, daß die Aufrechterhaltung des Gesellschaftsvertrages auch bei Nichtigkeit einzelner Bestimmungen vielfach dem Willen der Parteien entspreche und daß deshalb auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Klausel an die Widerlegung der Vermutung des § 139 HGB nicht zu hohe Anforderungen zu stellen sind. Dem haben sich die Rechtsprechung und das Schrifttum angeschlossen⁴.

1 Westermann, GesR, Rdz. 770; Hueck, oHG, § 7 I 2 Fn. 10.

2 Über die zweckmäßigste Form einer salvatorischen Klausel vgl. Westermann, GesR, Rdz. 770.

3 Erman, Personengesellschaften, S. 29.

4 BGH WM 1955, 1054; BGH WM 1962, 426; Erman-Westermann, § 139 Anm. 6; Westermann, GesR, Rdz. 770; Hueck, oHG, § 7 I 2 Fn. 10; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 59; Soergel-Schulze-v. Lasaulx, § 705 Anm. 28.

2. Die Heilung von Vertragsmängeln

Wenn auch der Versuch, durch eine wohlwollende Auslegung das Vertragswerk zu retten, gescheitert ist, kann trotzdem das Interesse der Beteiligten auf eine Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses gerichtet sein. Stets unbenommen bleibt die Möglichkeit, den nichtigen Vertrag durch einen gültigen zu ersetzen. Das kann auch durch einen konkludenten Vertragsschluß geschehen, wenn etwa die Gesellschafter in Kenntnis des Vertragsmangels weiter für ihr Handelsgeschäft werbend tätig werden¹. Auch kann in der Geltendmachung eines Anfechtungsgrundes ein Verstoß gegen die Treuepflicht eines Gesellschafters gesehen werden, der die Anfechtung unzulässig macht².

Auf die näheren Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Doch läßt sich zusammenfassend festhalten: Wegen der besonderen Treuepflichten der Gesellschafter untereinander ist immer ein Augenmerk darauf zu richten, wie bestehende Fehler des Vertrages zu beseitigen sind. Häufig wird den Gesellschaftern mit der Aufrechterhaltung ihres Vertrages mehr geholfen sein als mit dessen Vernichtung. Beispielsweise hat der BGH in BGHZ 62, 20 ff.³ entschieden, daß "die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf nichtige oder anfechtbare Änderungen des Gesellschaftsvertrages nicht ohne weiteres anzuwenden sind".

1 Westermann, GesR, Rdz. 767; Hueck, oHG, § 7 III 1 b.

2 Vgl. das Beispiel bei Hueck, oHG, § 7 III; Westermann, GesR, Rdz. 773 und 774.

3 Auch wiedergegeben in NJW 1974, 498; WM 1974, 192; BB 1974, 249; DB 1974, 523; JZ 1974, 265. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall waren nur Teilbereiche des Gesellschaftsvertrages geändert worden. Darüber hinaus war es möglich, die praktizierte Vertragsänderung nach-

Daß somit Mängel eines Gesellschaftsvertrages weniger gewichtig sein können als diejenigen eines gegenseitigen Vertrages, ist leicht erklärbar. Der Pflicht des Käufers z. B., den Kaufpreis zu entrichten, steht nur eine entsprechende Verpflichtung des Verkäufers, nämlich die Verschaffung der Ware oder des Rechts, gegenüber. Es leuchtet ein, daß die mangelhafte Einigung über nur eine dieser Pflichten¹ typischerweise zu einer Störung des Gesamtvertrages führt, so daß auch die Gegenleistung nicht mehr erbracht werden muß. Demgegenüber pflegt bei einem Gesellschaftsvertrag, auch wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, eine Mehrheit von Leistungen des einen Gesellschafters mit einer Mehrheit von Leistungen des anderen Gesellschafters zu korrespondieren. Setzt sich die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen zusammen, so sinkt das Gewicht jeder einzelnen Verpflichtung noch weiter herab.

Mängel, die die Gültigkeit des Gesamtvertrages nicht beeinträchtigen, scheiden aus der hier zu behandelnden Betrachtung aus, da insoweit eine voll wirksame Gesellschaft vorliegt, auf die im Innen- und Außenverhältnis die gesellschaftsrechtlichen Normen Anwendung finden. Dasselbe gilt für Nichtigkeitstatbestände, die von den Gesellschaftern nicht mehr geltend gemacht werden können.

träglich auszugleichen. Deshalb konnte auf den ursprünglichen Vertrag zurückgegriffen werden. Im grundsätzlichen gilt aber auch für den Änderungsvertrag die Problematik der 'fehlerhaften Gesellschaft', insbesondere wenn durch die Änderungen die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter wesentlich umgestaltet worden sind. So auch Flume, Die Personengesellschaft, S. 28.

1 Entsprechendes gilt auch bei der Verletzung einer dieser Pflichten.

3. Unheilbare Fehlerquellen und ihre Auswirkungen auf das Innenverhältnis

a) Allgemeine Überlegungen

Das Gesellschaftsrecht enthält keine spezielle Regelung, wie ein fehlerhafter Vertrag zu behandeln ist, der nach den Vorschriften des BGB nichtig ist¹. Als solche Nichtigkeitstatbestände kommen die Anfechtungstatbestände (§§ 119, 123, 142 BGB), die Verletzung gesetzlicher Formvorschriften (§ 125 BGB), der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbotsgesetz (§ 134 BGB) sowie gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) in Betracht. Desweiteren kann auch ein versteckter Einigungsmangel (§ 155 BGB) sowie der Wegfall der Geschäftsgrundlage² zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages führen.

Der gesetzssystematische Umstand, daß die erwähnten Vertragsmängel im Gesellschaftsrecht keine Sonderregelung erfahren haben, spricht dafür, die genannten Vorschriften des BGB anzuwenden. In der Tat entspricht diese Lösung einhelliger Meinung, solange die Gesellschaft noch nicht in Vollzug³ gesetzt worden ist.

Wenn nicht mehr geschehen ist als der bloße Abschluß des Vertrages, ergeben sich keine Besonderheiten, die eine Abweichung von den gesetzlichen

1 Westermann, GesR, Rdz. 758.

2 Bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage wird vorrangig eine Anpassung des Vertrages infrage kommen, so daß eine Nichtigkeit des Gesamtvertrages wohl nur in extremen Ausnahmefällen gegeben sein wird.

3 Darüber, was unter dem Vollzugsmoment zu verstehen ist, besteht teilweise Streit. Vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 85; Hueck, oHG, § 7 III 6; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 705 Anm. 100, 101; Staudinger-Geiler, § 705 Anm. 38. Übereinstimmend wird von einem Vollzug gesprochen, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen hat, also werbend tätig geworden ist.

Bestimmungen erfordern. Ist also ein Verpflichtungsversprechen eines Gesellschafters aufgrund eines Willensmangels begründet worden, so kann er sich in diesem Stadium ohne weiteres von den Folgen seiner Erklärung lösen¹. Die Rechtslage ändert sich, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit bereits aufgenommen hat. Wird die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit des Vertrages erst jetzt geltend gemacht, so kann die uneingeschränkte Anwendung der Vorschriften des BGB auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Sie würde dazu führen, daß der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig wäre oder rückwirkend seine Geltung verlore. Damit würde gleichzeitig die tragende Rechtsgrundlage eines Gesellschaftsverhältnisses fehlen, denn eine Gesellschaft ohne Vertrag kennt unsere Rechtsordnung nicht².

Verneint man aber im Innenverhältnis kategorisch ein Gesellschaftsverhältnis³, so hätte dies schwere oder sogar unüberbrückbare Abwicklungsschwierigkeiten zur Folge. Konsequenz dieser Auffassung wäre, daß Gesamthandseigentum zwischen den Beteiligten nicht entstanden wäre, denn die Partelen können diese Eigentumsform nicht willkürlich schaffen. Gesamthandseigentum ist stets gesetzliche Folge bestimmter Rechtsbeziehungen der Beteiligten (Erbengemeinschaft, Gesellschaft, Gütergemeinschaft, Urhebergemeinschaft)⁴.

1 Unstreitig: Westermann, GesR, Rdz. 765; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 86; Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII; Hueck, oHG, § 7 I 1; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62.

2 BGHZ 11, 191; BGH DB 1961, 1256; Westermann, GesR, Rdz. 5 und 750; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 3; Hueck, oHG, § 7 (S. 72), § 7 III (S. 80).

3 So noch RGZ 127, 186 ff. (191); Ritter, HGB, § 105 Anm. 2 c; Staub-Pinner, § 133 Einl.; Würdinger, Gesellschaften, Bd. I, S. 44 ff.

4 Hueck, oHG, § 7 III; Westermann, GesR, Rdz. 763; Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII; Staudinger-Coing, § 137 Anm. 4; Staudinger-Geiler-Keßler, § 705 Anm. 104; Staudinger-Kober-Vogel, § 741 Anm. 8; Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 88 Note 11; Fischer in RGRK zum BGB, § 741 Anm. 10; a.A. nur Rüdiger, a.a.O., S. 54-59, der meint, Gesamthandseigentum könne auch ohne eine Gesellschaft zustandekommen. Vgl. dazu näher unter C I 3 c (S. 120).

Das würde bedeuten, daß die Einlagen noch dem ursprünglichen Eigentümer gehören. Sie wären demnach gem. § 985 BGB zurückzugewähren. Im Geschäftsbetrieb unterliegt das Vermögen aber oft einem raschen Wechsel. Die geleisteten Beiträge können verbraucht oder veräußert worden sein. Andere Werte treten an ihre Stelle¹. Die Eigentümer müßten dann Bereicherungs-, Schadensersatz- oder Nutzungsentschädigungsansprüche geltend machen². Die Vorschrift des § 812 Abs. 1 BGB versagt völlig, wenn die Gesellschafter Schulden oder Gewinne gemacht haben, denn diese Vermögensverschiebungen haben sich nicht unmittelbar zwischen den Gesellschaftern abgespielt³. Außerdem würde ein Maßstab fehlen, wie die von den geschäftsführenden Gesellschaftern geleistete Arbeit bewertet werden soll⁴.

Durch den Abschluß des fehlerhaften Vertrages und den tatsächlichen Vollzug der Gesellschaft können die Gesellschafter zwar einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben, auf den gutgläubige Dritte sich berufen können. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander zeitigt das Institut der Scheingesellschaft jedoch keine Rechtswirkungen, denn der Rechtsschein wirkt nicht zugunsten derjenigen, die ihn veranlaßt haben⁵.

Um eine geordnete Abwicklung zwischen den Beteiligten zu ermöglichen, kann man an der Tatsache, daß Gesamthandsvermögen gebildet worden ist, nicht vorbeigehen. Eine Auseinandersetzung richtet sich daher nach den gesellschaftlichen Vorschriften.

1 Weipert in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 78.

2 Hueck, oHG, § 7 III; Westermann, GesR, Rdz. 763.

3 Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII sowie Methodenlehre, S. 410.

4 Hueck, oHG, § 7 III (S. 81).

5 Vgl. dazu oben B IV.

Insofern kann man von einem tatsächlichen Bestand einer Gesellschaft sprechen. Über dieses Ergebnis herrscht schon seit längerer Zeit Einigkeit¹.
Durchaus umstritten ist auch heute noch die dogmatische Begründung des Problems. Insbesondere herrscht Unklarheit darüber, ob trotz Fehlens eines ordnungsgemäßen Gesellschaftsvertrages eine Gesellschaft entsteht.

1 RGZ 165,193(206); 170,101; RG in DR 1941,1943; RG in DR 1943,801 und 1221; BGHZ 3,285; 8,166; 10,50; 11,190; 13,320(324); 17,167; 26,330(335); 44,235; 55,8; BGH NJW 1972,1466; BGH NJW 1975, 1002(1024) und 1700; BGH NJW 1976,894; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62 c; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 59; Hueck, oHG, § 7 III; Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 74.
Dagegen versuchte eine ältere Literaturmeinung, eine Auseinandersetzung des Vermögens nach den §§ 741 ff. BGB vorzunehmen. Eine tatsächliche Gemeinschaft haben die Beteiligten beim Abschluß ihres mangelhaften Vertrages nicht gewollt. Außerdem könnte die Anwendung des § 742 BGB zu unbilligen Härten führen. Haben die Gesellschafter z. B. einen unterschiedlichen Arbeitseinsatz sowie verschiedene Kapitaleinlagen erbracht, so wäre eine Verteilung des Vermögens nach Köpfen nicht sachgerecht. Eine davon abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag könnte im Einzelfall - trotz der Nichtigkeit des Vertrages im übrigen - den Bedürfnissen der Beteiligten besser entsprechen. Zu der angegebenen Meinung: vgl. Würdinger, Gesellschaften Bd. I, S. 46; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II, 1. Hälfte, Allgemeine Einleitung, Anm. 80.
Gegen die h.M. wendet sich neuerdings Rödiger, a.a.O., V 2, der eine Abwicklung nach den §§ 812 ff. BGB vorschlägt.

b) Die Lehre von der faktischen Gesellschaft

Am weitesten geht die Lehre von der faktischen Gesellschaft. Diese von Haupt¹, Siebert² und Schumann³ begründete Ansicht glaubt, zur Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses auf eine rechtsgeschäftliche Grundlage verzichten zu können. Ziel einer vertraglichen Vereinbarung sei es, eine arbeitsteilige Zusammenarbeit der Gesellschafter zu bewirken. Soweit die Beteiligten bereits eine bestimmte Funktion zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks ohne Vertragsschluß tatsächlich erfüllt hätten, sei der Vertrag entbehrlich. Die Gesellschafter hätten dann den Gesellschaftszweck durch faktischen Vollzug verwirklicht. Die Betätigung innerhalb einer Gesellschaft sei nicht bloßer Ausdruck des Vertrages; sie müsse von der Rechtsordnung selbständig beachtet und erfaßt werden. Dem Vertrag stünde dann die rein tatsächliche Aufnahme der Geschäfte als "völlig seinsverschiedenes und eigengesetzliches"⁴ Gebilde gegenüber. Im Ergebnis würde vorläufig⁵ kein Unterschied zwischen einer rein "faktischen" Gesellschaft und einer auf Vertragsgrundlage bestehen.

1 Haupt, Ober faktische Vertragsverhältnisse, S. 5 ff.(9); ZAkDR 1943,238.

2 Siebert, Festschrift für Hedemann, S. 266 ff.

3 Schumann, DR 1943,265 ff. und 1193 ff.

4 Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 187, der die Lehre neben Russ, BB 1958, S. 645 noch vertritt.

5 Haupt, ZAkDR 1943,238: Eine oHG ohne Gesellschaftsvertrag muß, wenn ein Vertrag nicht nachgeholt wird, liquidiert werden. Insofern ist das Vertragserfordernis nicht völlig überflüssig.

Gegen diese Lehre sind im neueren Schrifttum erhebliche Bedenken vorgetragen worden. Da sie im Gesetz keine Grundlage findet, wird sie zu Recht ganz überwiegend abgelehnt¹. Der Gesetzgeber hat zu klar zum Ausdruck gebracht, daß Verpflichtungen aus einem Gesellschaftsverhältnis nur auf einer vertraglichen Basis entstehen können, als daß man auf dieses Merkmal völlig verzichten könnte. Außerdem lassen sich die konkreten Verpflichtungen nicht durch die normative Kraft der tatsächlichen Verhältnisse klären. Gibt es Streit unter den Gesellschaftern, so versagt die Lehre. Sind sich die Beteiligten dagegen einig, kann man einen stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages annehmen².

c) Die Lehre von der Modifizierung des Abwicklungsrechts

Demgemäß sieht eine Mindermeinung in der Literatur in der Behandlung fehlerhafter Gesellschaftsverträge nur ein Abwicklungsproblem. Diese Ansicht erkennt zwar an, daß es zur Auseinandersetzung einer fehlerhaften, aber tatsächlich in Vollzug gesetzten Gesellschaft einer Sonderregelung bedarf. Sie erkennt dazu aber nicht das Bestehen einer voll wirkenden Gesellschaft an. Im wesentlichen werden zwei Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt.

1 Hueck, oHG, § 7 Fn. 6; Erman, Personengesellschaften, S. 47; Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 58; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 74; Lehmann, NJW 1958, S. 1 ff., S. 5: "Die Lehre von den faktischen Verhältnissen wäre besser nie aufgestellt worden".

2 BGHZ 11, 290.

aa) Larenz meint, die Bereicherungsvorschriften stellten keine geeignete rechtliche Grundlage zur Abwicklung einer fehlerhaften Gesellschaft dar. Das Gesetz weise insoweit eine Lücke auf, die durch eine der Eigenart des fehlerhaften Rechtsverhältnisses angepaßten Regelung ausgefüllt werden müßte. Dies sei in der Weise zu erreichen, daß man zum Zweck der Abwicklung im gewissen Umfang ein gültiges Gesellschaftsverhältnis unterstellt. Eine derartige Unterstellung ermöglicht die analoge Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften, insbesondere auch die Annahme von Gesamthandseigentum¹.

Den dogmatischen Ansatz dieser Auffassung halte ich für überzeugender. Es leuchtet ein, daß der Gesetzgeber die Probleme eines mangelhaften, in Vollzug gesetzten Gesellschaftsvertrages nicht erkannt hat. Darum kann man von einer Gesetzeslücke sprechen, die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschlossen werden kann. Die §§ 812 ff. BGB werden dabei durch die Vorschriften des Gesellschaftsrechts ersetzt. Dieser Schritt ist deshalb notwendig, weil die §§ 812 ff. BGB zur Auseinandersetzung von Gesamthandseigentum ungeeignet sind, das Gesellschaftsrecht hierüber gerade Regelungen enthält. Bei einem derartigen Verständnis ist die fehlerhafte Gesellschaft keinesfalls - auch nicht nur vorläufig - als rechtsgültige Gesellschaft anzuerkennen, obwohl andererseits ein Gesellschaftsverhältnis nicht völlig gezeugnet wird.

¹ Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII; Methodenlehre, S. 382, 410; auch die Ausführungen Westermanns, GesR, Rdz. 764, 780 lassen sich dahingehend interpretieren. In Rdz. 764 spricht Westermann von einem besonderen "Abwicklungsrecht der fehlerhaften Gesellschaft".

bb) Rödиг versucht dagegen, eine Lösung mit Hilfe des "geringstmöglichen Gesetzeseingriffs" zu erzielen. Er meint, die herrschende Lehre¹ von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen stelle einen Eingriff in das Vertragsrecht dar. Den naheliegenden Weg, statt dessen das Bereicherungsrecht zu modifizieren, sei man erstaunlicherweise nicht gegangen. Der Autor schlägt daher einen Ausgleich nach dem Bereicherungsrecht vor. Zu diesem Ergebnis kann' er nur dadurch gelangen, daß er Gesamthandseigentum zwischen den Beteiligten anerkennt². Die Summe der Ersatzleistungen soll dabei auf das tatsächlich noch vorhandene Vermögen beschränkt werden (§ 818 Abs. 3 BGB). Der Ausgleich soll im Verhältnis der erbrachten Leistungen erfolgen. Schwierigkeiten bietet dabei natürlich die Bewertung der Mitarbeit der Gesellschafter. Rödиг meint, der Wertersatzanspruch gem. § 818 Abs. 2 BGB müsse sich an der Bestimmung des § 346 S. 2 BGB orientieren, d. h. für geleistete Dienste sei der übliche Verkehrswert zu entrichten. Für wie wertvoll Gesellschafter ihre Arbeit und sonstigen Beiträge hielten, käme am besten dadurch zum Ausdruck, welchen Kapitalanteil sie sich jeweils eingeräumt hätten (§ 155 Abs. 1 HGB). Nach diesem Verteilungsschlüssel sei der Ausgleich vorzunehmen³. Rödigs Auffassung steht im Widerspruch zu der Erkenntnis, daß Gesamthandseigentum nur in bestimmten Fällen entstehen kann. Es ist, wie bereits dargelegt, gesetzliche Folge gewisser Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten. Es ist daher kaum anzunehmen, daß die insoweit abweichende Meinung des Autors in Zukunft Zustimmung erhalten wird⁴. Im übrigen stellt sich

1 Vgl. dazu unten C I 3 d.

2 Vgl. Rödиг, Bereicherung ohne Rechtfertigung durch Gesellschaftsvertrag, V 1.

3 Vgl. Rödиг, a.a.O., V 2.

4 Ablehnend: Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII, Fn. 1 auf S. 372.

die Frage, ob für die Abwicklung eines gesamthänderisch gebundenen Vermögens die Normen des Gesellschaftsrechts nicht besser geeignet sind als die §§ 812 ff. BGB. Wenn man zwischen den Beteiligten Gesamthandsvermögen anerkennt, wird man auch ein Gesellschaftsverhältnis nicht mehr völlig leugnen können. Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß ein solches Rechtsverhältnis in jeder Beziehung einer gültigen Gesellschaft gleicht. Schließlich sind Rödigs Eingriffe in das Bereicherungsrecht derart massiv, daß der Vermögensausgleich in der Sache nichts anderes ist als die Abwicklung einer Gesellschaft.

d) Die Lehre von der Beschränkung der gesetzlichen Nichtigkeitsfolgen

Die Rechtsprechung und die im Schrifttum vorherrschende Richtung beschreitet gegenüber den bisher dargelegten Meinungen einen Mittelweg. Auch sie hält an dem Vertragserfordernis zur Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses prinzipiell fest. Stellt sich jedoch heraus, daß ein Gründungsvertrag an Willensmängeln leidet, dann sollen die Nichtigkeitsfolgen der allgemeinen Vorschriften des BGB beschränkt werden. Das hat die überraschende Folge, daß der nichtige Vertrag bis zur Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes wirkt. Die aufgrund eines mangelhaften Vertrages entstandene Gesellschaft ist keinesfalls nichtig, sie wird wie eine rechtsgeschäftlich wirksame Gesellschaft behandelt¹.

¹ Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62 c; Hueck, oHG, § 7 III 1; Westermann, GesR, Rdz. 779; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 77 ff.; Eрман, Personalgesellschaften, S. 53 ff.; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 48 ff.; zu den Rechtsprechungsnachweisen vgl. Fn. 1 auf S. 116.

Begründet wird diese Lehre hauptsächlich mit dem oben angeführten Argument, daß bei Nichtanerkennung einer Gesellschaft eine geordnete Abwicklung nicht möglich wäre. Teilweise wird zusätzlich ins Feld geführt, die vollzogene Gesellschaft genieße Bestandschutz¹.

Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die gesamte Gesellschaft, hinter der die einzelnen Mitglieder zurücktreten, in der Lage sei, immaterielle Werte zu schaffen. Sie könne in der Geschäftswelt einen guten Ruf, aufgrund umfangreicher Werbung eine weite Kundschaft, ja sogar u. U. eine führende Marktposition erworben haben. Es wäre unsinnig, eine solche Leistungsgemeinschaft mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben zu streichen. Ein Ausgleich dieser immateriellen Werte gem. den §§ 812 ff. BGB ist nicht möglich, wodurch wiederum deutlich wird, daß der Gesetzgeber die Konsequenzen bezüglich eines angefochtenen bzw. nichtigen Gesellschaftsvertrages nicht erkannt hat. Allerdings darf der Gesichtspunkt des Bestandschutzes nicht dahingehend mißverstanden werden, daß die Gesellschaft auch in Zukunft unter den Beteiligten fortgesetzt werden müsse. Diese müssen sich frei entscheiden können, ob sie das Handelsgewerbe weiter betreiben wollen. Da sie sich noch nicht in rechtsgültiger Weise gebunden haben, reicht die Tatsache, daß eine Werte schaffende Gemeinschaft vorgelegen hat, allein nicht aus, die Beteiligten gegen ihren Willen zu einem Gesellschaftsverhältnis zu zwin-

¹ BGHZ 55,8; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 53 und 66,67.

gen¹. Dogmatisch überzeugend sind die Gründe der herrschenden Lehre allerdings auch nicht. Es ist keinesfalls der Nachweis gelungen, warum ein nichtiger Vertrag in der Vergangenheit volle Gültigkeit beanspruchen kann². Der Hinweis auf die Abwicklungsschwierigkeiten des von den Gesellschaftern gebildeten Vermögens kann die Unanwendbarkeit der bereicherungsrechtlichen Vorschriften rechtfertigen, nicht aber die Gültigkeit eines nichtigen Vertrages. Hierfür bietet die Saldotheorie ein gutes Beispiel³.

Danach findet bei einem fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrag das Synallagma auch bei der Abwicklung Berücksichtigung. Letztlich können dann wirtschaftlich identische Endergebnisse erzielt werden, wie sie bei einem gültigen Vertrag vorgelegen hätten. Man stelle sich nur vor, der Kaufgegenstand geht beim Käufer unter. Der Verkäufer darf dann trotz des nichtigen Kaufvertrages den Kaufpreis behalten, wenn dieser nicht den objektiven Verkehrswert übersteigt. Trotzdem wird niemand behaupten wollen, der Kaufvertrag sei durch das tatsächliche Ereignis - nämlich den Untergang des Kaufobjektes - gültig geworden.

1 So zutreffend Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 91; BGHZ 3,290.

Ein solches Ergebnis mag betriebswirtschaftlich unsinnig sein. Doch ist zu bedenken, daß bei einer gültigen, florierenden Gesellschaft die Gesellschafter jederzeit die Auflösung beschließen können. Bei der fehlerhaften Gesellschaft ist die Entscheidung, ob die Gesellschafter zusammenarbeiten wollen, noch nicht gefallen. Das Gelingen eines gemeinsamen Geschäftsbetriebes hängt von dem ständigen guten Willen aller Beteiligten ab, der nur durch übereinstimmende Willenserklärungen erzielt werden kann.

2 So auch Flume, Die Personengesellschaft, S. 15 unten: "Sieht man die Problematik der allgemeinen Nichtigkeits- und Anfechtungstatbestände für das Recht der Personengesellschaften in der 'Notwendigkeit einer rechtlichen Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Gemeinschaftsverhältnisses', so ist nicht einzusehen, wieso es für die rechtliche Anerkennung noch des - nichtigen - Gesellschafts-

Die herrschende Lehre muß noch aus einem anderen Grund auf Bedenken stoßen. Sie erkennt die in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaft nicht in jedem Fall an und hält eine Einschränkung insbesondere dort für geboten, "wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich vorhandenen Zustands mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde"¹.

Die Ausklammerung einzelner Tatbestände aus der Sonderrechtsregelung der fehlerhaften Gesellschaft soll z. B. gerechtfertigt sein, wenn der Gesellschaftsvertrag gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt².

Damit unterscheidet diese Lehre zwischen schweren und leichten Vertragsmängeln mit der Folge, daß nur noch die erste Gruppe zur Nichtigkeit des Gesellschaftsverhältnisses führt. Eine derartige Qualifizierung der Nichtigkeitstatbestände kennt das Gesetz nicht³. Die Anhänger der herrschenden Lehre bringen teilweise selbst Zweifel bezüglich der

vertrages bedarf. Der Tatbestand des "tatsächlich geschaffenen Gemeinschaftsverhältnisses" als eines bloßen Faktums ist von der "Tatsache" eines - nichtigen - Gesellschaftsvertrages unabhängig".

3 Larenz, Methodenlehre, S. 410, behandelt die Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge zusammen mit der Abwicklung einer bereits in Vollzug gesetzten fehlerhaften Gesellschaft.

1 BGHZ 3,288; ebenso: Hueck, oHG, § 7 III 4; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 95 ff.; Staudinger-Geiler-Keßler, § 705 Anm. 126 ff.; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 705 Anm. 102 ff.; Palandt-Thomas, § 705 Anm. 3 d; Flume, Die Personengesellschaft, S. 19.

2 Ferner soll eine Beteiligung eines Minderjährigen an einer fehlerhaften Gesellschaft nicht möglich sein. BGHZ 17,160(166); Hueck, oHG, § 7 III 4 c; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 99; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62 k; Westermann, GesR, Rdz. 778, sowie die in Fn. 1 Genannten.

3 Nicht zu verwechseln sind hiermit die vom allgemeinen Recht zur Verfügung gestellten Mittel, einen fehlerhaften Vertrag zu retten - vgl. C I 1, 2.

dogmatischen Grundlage ihrer Ansicht zum Ausdruck. So gibt Fischer zu erwägen, ob man nicht besser daran getan hätte, bei den fehlerhaften Personengesellschaften wie in dem ähnlichen Fall der fehlerhaften Kapitalgesellschaft auf eine umfassende theoretische Begründung zu verzichten, um sich statt dessen mit der Angemessenheit der Ergebnisse zu begnügen¹.

Vor diesem Hintergrund klingt es nicht überraschend, daß über das Wesen der fehlerhaften Gesellschaft Unklarheit besteht. Ausgehend von der Methode, die Nichtigkeitsfolgen des Vertrages einzuschränken, liegt eigentlich der Schluß nahe, eine zeitweise gültige Gesellschaft anzuerkennen. In der Tat sind Formulierungen wie etwa die folgenden zu finden, die dieses Ergebnis zu stützen geeignet sind:

"Die fehlerhafte Gesellschaft ist nicht eine nichtige, sondern nur eine vernichtbare Gesellschaft"².

"Die fehlerhafte Gesellschaft wird bis zu ihrer Auflösung als tatsächlich und rechtlich bestehend behandelt"³.

Dagegen warnte Hueck davor, von einer "gültigen" Gesellschaft zu sprechen⁴. Bei der Behandlung der Rechtsbeziehung der an einer fehlerhaften Gesellschaft Beteiligten zeigt sich dann auch deutlich, daß mit dem aufgestellten Postulat nicht ernst gemacht wird. Dazu sollen einige Beispiele aufgezählt werden.

1 Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 77; dem schließt sich Flume an, Die Personengesellschaft, S. 16; kritisch auch Westermann, GesR, Rdz. 764.

2 Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 88 und zuvor Anm. 80.

3 Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 63 c; vgl. auch Anm. 62 f.: "Volle Wirksamkeit der fehlerhaften Gesellschaft".

4 Hueck, oHG, § 7 III Fn. 78.

Bis zur Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes richten sich die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander grundsätzlich nach dem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag. Doch sind von dem Grundsatz Ausnahmen zu beachten. So soll der getäuschte Gesellschafter die Leistung seiner Einlage verweigern können¹. Ferner soll die formwidrige Einlagezusage, wie die Übereignung eines Grundstückes, unwirksam bleiben, da andernfalls die Formvorschrift bedeutungslos werden würde². Die These von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen wird somit weitgehend relativiert, als die fehlerhafte Absprache des Vertrages keine rechtsgestaltende Kraft erhält.

Was die Auflösung einer fehlerhaften Gesellschaft angeht, so wird behauptet, sie habe nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen wie bei einer wirksamen Gesellschaft. Richtig ist daran nur, daß es zur Beseitigung der tatsächlichen Gemeinschaft einer Auflösungsklage gem. § 133 HGB bedarf³.

Gleichzeitig wird § 133 HGB aber dahingehend modifiziert, daß für die Auflösung kein wichtiger Grund verlangt wird. Vielmehr genügt jeder Mangel, der im Gründungsstadium die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge hat,

1 Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 88 und 90; Hueck, oHG, § 7 III 2 a; Erman, Personalgesellschaften, S. 80; im Ergebnis ebenso Westermann, GesR, Rdz. 780, der aber meint, daß die Einlagen insoweit zu leisten sind, als es der Zweck des Abwicklungsrechts erfordert.

2 Zu den Umdeutungsmöglichkeiten einer formwidrigen Einlagezusage vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 90; Buchwald, GmbH Rdsch. 1954, 148.

3 BGHZ 3, 228; 26, 355; 44, 236; BGH NJW 1972, 1466; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 91; Westermann, GesR, Rdz. 785; Hueck, oHG, § 7 III 1 a; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62 d; Reinhardt, GesR, Rdnr. 240.

um die Auflösung der fehlerhaften Gesellschaft herbeizuführen¹. Neuerdings ist der Bundesgerichtshof noch einen Schritt weitergegangen, indem er bei einer sog. Masse-KG eine Auflösungsklage nicht mehr für erforderlich hält und dem getäuschten Kommanditisten aufgrund einer außerordentlichen Kündigung das Recht einräumt, sofort aus der Gesellschaft auszuscheiden². Die Lösung ist m. E. durchaus sachgerecht³. Erstaunlich ist jedoch, daß der Bundesgerichtshof das Ergebnis im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefunden hat⁴. Es stellt sich doch die Frage, ob bei einem nichtigen Rechtsgeschäft eine ergänzende Vertragsauslegung überhaupt noch möglich ist. Selbst wenn man diesen Weg beschreiten will, dann ist zu berücksichtigen, daß § 133 HGB eine dispositive Vorschrift darstellt, die gerade dann eingreifen müßte, wenn im Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über eine erleichterte Auflösung vorhanden sind. Das macht deutlich, daß die Richter über den Parteiwillen hinaus eine rechtsgestaltende Entscheidung getroffen haben.

1 A.A. RGZ 165,193(206); das Reichsgericht hielt für die Auflösung einer fehlerhaften, in Vollzug gesetzten oHG bzw. KG einen wichtigen Grund nach § 133 HGB für erforderlich. Neuerdings schließt sich Flume, Die Personengesellschaft, S. 21 dieser Meinung wieder an. Der Autor meint aber, daß die Voraussetzungen, die nach den allgemeinen Vorschriften einen Anfechtungs- oder Nichtigkeitstatbestand erfüllen, in vielen Fällen einen wichtigen Grund darstellen (a.a.O., S. 22). Da andererseits die h.M. einräumt, daß die Geltendmachung der Auflösungsklage u. U. rechtsmißbräuchlich sein kann, unterscheiden sich die Ansichten kaum. Vgl. dazu Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 91; Heymann-Kötter, § 105 Anm. 1; Reinhardt, GesR, Rdnr. 241; Hueck, oHG, § 7 III 1 b B.

2 BGH NJW 1975,1022(1024); 1975,1700; 1976,894; ohne Beschränkung auf die Massengesellschaften so früher schon Fischer, NJW 1958,969,973.

3 Ebenso Flume, Die Personengesellschaft, S. 24.

4 BGH NJW 1975,1024.

Schließlich wirken sich die Vertragsmängel auch bei der Abwicklung des gesamthänderischen Vermögens aus. Hält man sich vor Augen, daß wegen der fehlgeschlagenen Einigung eigentlich keine Gesellschaft hätte gebildet werden sollen, so ist es gerechtfertigt, daß jeder Gesellschafter die von ihm eingebrachte, noch in Natur vorhandene Einlage zurückerhält¹. Allein die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze wäre kaum geeignet, die Verpflichtung zur Naturalerstattung zu begründen, die auf Wunsch des getäuschten Gesellschafters selbst dann durchgeführt werden soll, wenn der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Bestimmung enthält².

Mit dem dogmatischen Prinzip, die Nichtigkeitsfolgen des Gesellschaftsvertrages zu beschränken, lassen sich die geschilderten Ergebnisse nicht mehr begründen³. Daß sie trotzdem nahezu einhellige Zustimmung finden, spricht für die Angemessenheit und Sachgerechtigkeit der Lösungen. Damit zeigt sich, daß das Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft auf "Praktibilitäts- und Billigkeitserwägungen"⁴ beruht.

Eine gerechte Behandlung der Gesellschafter läßt sich nur durch eine Kombination der Vorschriften über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Willenserklärungen mit den besonderen Vorschriften des Gesellschaftsrechts erzielen⁵. Die Rechtsfol-

1 Hueck, oHG, § 7 III 3.

2 Vgl. die Beispiele bei Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 94; Rödig, a.a.O., S. 8 = "Bugattifall"; Lehmann-Dietz, GesR, S. 52 = "Patentfall"; vgl. auch Flume, Die Personengesellschaft, S. 25, 26.

3 So auch Flume, Die Personengesellschaft, S. 17, der der h.L. eine dogmatische Fundierung abspricht.

4 Westermann, GesR, Rdz. 764.

5 Hueck, oHG, § 7 III 5.

gen, die an das Faktum des fehlerhaft geschlossenen Vertrages geknüpft werden, unterscheiden sich damit von jenen, die an das Faktum des fehlerfrei geschlossenen Vertrages geknüpft werden¹.

e) Zusammenfassung

Begrifflich liegt eine 'fehlerhafte Gesellschaft' vor, wenn der Versuch der Gesellschafter, einen **gültigen Gesellschaftsvertrag zu schließen, fehlgeschlagen ist, in der Folgezeit zwischen den Beteiligten dennoch ein gemeinsames Handelsgewerbe betrieben wird.** Die Rechtsfolge ist, daß eine Gesamthandsgemeinschaft entstanden ist, deren Auflösung und Abwicklung sich im wesentlichen nach Gesellschaftsrecht richtet.

Die Grundsätze gelten nicht nur bei einem Gründungsvertrag, sondern auch bei einem fehlerhaften Beitrittsvertrag eines neuen Gesellschafters bzw. bei einem gültigen Aufnahmevertrag zu einer fehlerhaften Gesellschaft, ferner bei einem mangelhaften Änderungsvertrag oder bei einem unwirksamen Ausscheiden eines Gesellschafters².

Doch stellt die 'fehlerhafte Gesellschaft' kein in sich gefestigtes Institut dar. Vielmehr handelt es sich um eine am Einzelfall orientierte, auf Billigkeitserwägungen beruhende Rechtsfigur, die insbesondere nicht auf dem privatautonomen Willen der

¹ Vgl. auch die zutreffende Polemik bei Hueck, oHG, § 7 Fn. 6 sowie den entsprechenden Text bei der angegebenen Fn. 6. Der Autor kritisierte die naturwissenschaftliche These, eine Gesellschaft könne entweder nur bestehen oder überhaupt nicht bestehen.

² Hueck, oHG, § 7 III 7; Westermann, GesR, Rdz. 756, 757, 758; Baumbach-Duden, § 105 Anm. 8 J.

Beteiligten beruht¹. Wenn diese sich zeitweise auch wie Gesellschafter behandeln lassen müssen, so ist der Grund dafür allein darin zu sehen, daß sie trotz des fehlgeschlagenen Vertrages auf ihre vermögenswerten Interessen gegenseitig Rücksicht nehmen müssen. Diese Rücksichtnahme ist nicht Ausdruck ihres privatautonomen Willens, denn sonst könnten sie das gemeinsame Handelsgewerbe fortsetzen. Allein der Umstand, daß sie dessen Auflösung begehren, beweist den entgegenstehenden Willen. Wenn die h.L. immer wieder betont, sie halte an dem Vertragserfordernis fest, so ist ihr dennoch nicht der Nachweis gelungen, warum im Gesellschaftsrecht ein nichtiger Vertrag gültig sein soll. Fischer² und Flume³ bringen dies deutlich mit dem Satz zum Ausdruck, daß man besser daran getan hätte, auf eine umfassende theoretische Begründung zu verzichten, um sich statt dessen mit der Angemessenheit der Ergebnisse zu begnügen.

Folgerichtig hat ein mangelhafter Vertrag im Verhältnis der Gesellschafter untereinander andere Auswirkungen als ein wirksamer Vertrag.

1 A.A. Flume, Die Personengesellschaft, S. 17: "(Die 'fehlerhafte Gesellschaft') ist vielmehr eine gültig privatautonom begründete Gesellschaft". Der Autor wendet diesen Satz jedoch nur hinsichtlich der Existenz der Gesellschaft gegenüber Dritten an. Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander soll dagegen den Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbeständen Rechnung getragen werden (a.a.O., S. 25/26). Zur Wirksamkeit der 'fehlerhaften Gesellschaft' gegenüber Dritten vgl. unten C II.

2 Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 77.

3 Flume, Die Personengesellschaft, S. 16.

II. Die Auswirkungen einer fehlerhaften Innengesellschaft auf das Außenverhältnis

Im folgenden soll nun untersucht werden, welche Auswirkungen die Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft im Innenverhältnis auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu dritten Personen hat.

Dabei sollen zwei Fragenkreise interessieren. Welche Folgerungen sind aus der Tatsache zu ziehen, daß Gesamthandseigentum entstanden ist? (Dazu 1) Nach welchen rechtlichen Gesichtspunkten ist die persönliche Haftung der Gesellschafter zu bewerten? (Dazu 2)

1. Die Anwendung des § 124 HGB

Der Scheingesellschaft konnte im Außenverhältnis keine Bedeutung beigemessen werden¹. Eine Klage gegen die tatsächlich im Verkehr aufgetretene Firma wäre unzulässig, denn gegenüber einem Rechtsschein kann man keinen Anspruch haben. Diese Folgerung ist bei der fehlerhaften Gesellschaft nicht mehr aufrechtzuerhalten; ansonsten würde sie zu schwer erträglichen Konsequenzen führen. Erkennt man nämlich im Innenverhältnis Gesamthandsvermögen an, so entzöge man dieses dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger, wenn man eine Klage gegenüber der Gesellschaft nicht zulassen wollte. Aus einem Titel gegenüber einem persönlich haftenden Gesellschafter gem. § 128 HGB könnte ein Gläubiger nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken (§ 124 Abs. 2 HGB), denn die Gesellschaft und der einzelne Gesellschafter sind prozeßrechtlich verschiedene Parteien².

1 Vgl. oben B IV.

2 Vgl. Baumbach-Duden, § 128 Anm. 8 D; Fischer in Großkomm. HGB, § 124 Anm. 35.

Soweit die einzelnen Gesellschafter über kein nennenswertes Privatvermögen verfügen, kann die Befriedigung aus dem Gesamthandsvermögen für die Gläubiger von großer Bedeutung sein. Die fehlerhafte Gesellschaft gewinnt also auch im Außenverhältnis eine Verselbständigung, ihr sind namentlich die in § 124 HGB gehannten Rechte und Pflichten zuzusprechen¹.

2. Die persönliche Haftung der Gesellschafter gem.
§ 128 HGB

Für die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu Dritten Personen könnten entweder die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen unmittelbar zur Anwendung kommen oder die handelsrechtlichen Rechtscheintatbestände bestimmend sein. Die Beantwortung der Frage hängt im wesentlichen von dem Verständnis ab, das man bezüglich des Wesens der fehlerhaften Gesellschaft entwickelt. Hierbei wird deutlich werden, daß sich die dogmatischen Unsicherheiten der herrschenden Lehre in bemerkenswerter Weise zu Lasten der betroffenen Gesellschafter auswirken.

a) Die volle Gleichbehandlung von fehlerhaften und
gültigen Gesellschaften

Zeichnet sich die Lehre von der Beschränkung der gesetzlichen Nichtigkeitsfolgen im Innenverhältnis dadurch aus, daß eine flexible Methode entwickelt wurde, um eine möglichst sachgerechte Behandlung der Gesellschafter zu verwirklichen, so hat die Übertragung dieser Grundsätze im Außenverhältnis

¹ Vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 104.

bisher zu einer starren Regelung geführt, die einer wertungsmäßigen Überprüfung ihrer Ergebnisse nicht standhält.

Die herrschende Lehre erliegt begrifflichen Vorstellungen, indem sie die fehlerhafte Gesellschaft wie eine voll gültige Gesellschaft behandelt¹.

Begründet wird diese Auffassung, wie bereits oben erwähnt wurde, mit einem Erst-recht-Schluß. Ein Mangel des Gesellschaftsvertrages, der noch nicht einmal die Anwendung des Gesellschaftsrechts im Innenverhältnis verhindere, könne auch im Außenverhältnis keine Bedeutung haben. Wenn schon die Gesellschaft im Innenverhältnis als wirksam behandelt werde, so müsse dasselbe erst recht im Außenverhältnis gelten². Für die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander sei ein irgendwie geariteter Vertrauensschutz nicht maßgeblich. Dieser Grundsatz müsse dann ebenso für die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu Dritten gelten³. Diese Auffassung führt zu einem absoluten Verkehrsschutz, da die Ansprüche der Gläubiger unabhängig von deren guten Glauben bestehen. Die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft hat demnach dazu geführt, daß von einer Haftung kraft Rechtsscheins nicht mehr die Rede sein kann.

Der Schluß vom Innenverhältnis auf das Außenverhältnis ist jedoch nicht überzeugend. Er ließe sich nur rechtfertigen, wenn die rein tatsächliche Aufnahme der Geschäfte als solche schon ausreichend wäre, ein wirksames Gesellschaftsverhältnis zu begründen⁴. Wenn das Faktum einen Vertragsschluß er-

1 BGHZ 44, 235; BGH NJW 1972, 1466; Hueck, oHG, § 7 II; Staudinger-Geiler-Kessler, § 705 Anm. 106; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 705 Anm. 118; Palandt-Thomas, § 705 Anm. 3 d; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 17; Fischer in Großkomm. HGB § 105 Anm. 104; Baumbach-Duden, § 105 Anm. 8 G.

2 Siehe ebenda.

3 Vgl. Fischer, LM Nr. 2 zu § 130 HGB (= Anm. zu BGHZ 44, 235).

4 Canaris, a.a.O., S. 121, Möschel, Festschrift f. Hefermehl, S. 173.

setzen könnte, so müßte diese rechtliche Beurteilung im Innen- und Außenverhältnis gleichermaßen vorgenommen werden. Allerdings werden gegen die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen zu Recht Einwände erhoben¹.

Hält man sich demgegenüber vor Augen, daß nach der herrschenden Lehre die Rechtsfolgen, die an einen fehlerhaft abgeschlossenen Vertrag geknüpft werden, nicht identisch sind mit denen, die an einen fehlerfrei abgeschlossenen Vertrag geknüpft werden², so hätte es eigentlich nahe gelegen, auch im Außenverhältnis gewisse Modifikationen des gesetzlichen Normaltatbestandes zuzulassen. Huecks Kritik gegen die naturwissenschaftliche These, eine Gesellschaft könne entweder nur vorhanden oder nicht vorhanden sein, trifft auch für das Außenverhältnis zu. Es ist nicht einleuchtend, wieso die herrschende Lehre diese Erkenntnis auf das Innenverhältnis beschränkt und nicht auf das Außenverhältnis überträgt³.

Zu dem Argument, daß ein irgendwie gearteter Vertrauensschutz für die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander nicht maßgeblich sei, läßt sich sagen, daß das Institut der fehlerhaften Gesellschaft nicht auf Verkehrsschutzüberlegungen beruht, sondern allein Probleme des Abwicklungsrechts löst^{4,5}. Deshalb ist es falsch, wenn die herrschende Lehre nun die für das Innenverhältnis durchaus zutreffende Erwägung auf das Außenverhältnis übertragen will. Vielmehr könnte der Verkehrs-

1 Vgl. oben C I 3 b.

2 Vgl. oben C I 3 d.

3 Canaris, a.a.O., S. 121.

4 Möschel, Festschrift für Hefermehl, S. 173.

5 Außerdem: Die Rechtsprechung erkannte schon viel früher einen Ausschluß einer (rückwirkenden) Nichtigkeit im Außenverhältnis (zum Schutz Dritter) an, als es (später) auch den Ausschluß der Nichtigkeit im Innenverhältnis (wegen der Abwicklungsschwierigkeiten) anerkannte. Vgl. dazu die Fußnote 1 auf der folgenden Seite.

schutz im Außenverhältnis neben dem Bestandsschutz im Innenverhältnis Anwendung finden¹.

Ohne rechte Überzeugungskraft bleibt auch ein Argument Fischers², der die Haftung der Gesellschafter aus der Natur des gesamthänderischen Vermögens herleitet. Wer bei einer oHG Mitglied einer Vermögensgemeinschaft geworden sei und mit seinem Gesamthandsvermögen hafte, müsse dafür auch gem. § 128 HGB persönlich eintreten. Wie jedoch das Beispiel des Kommanditisten zeigt, ist die unbeschränkte Haftung eines oHG-Gesellschafters nicht mit dem Wesen der Gesamthandsgemeinschaft zu beweisen. Auch ist im Recht der BGB-Gesellschaft eine Beschränkung der Haftung auf den Gesamthandsanteil des Gesellschafters möglich³. Daß die Gesellschafter gem. § 128 HGB mit ihrem Privatvermögen haften müssen, läßt sich nur mit der Tatsache rechtfertigen, daß sie Mitglieder einer gültigen Gesellschaft sind. Wenn Fischer die Haftung der Gesellschafter einer fehlerhaften Gesellschaft damit begründet, daß diese Mitinhaber des Gesamthandseigentums seien, so setzt er gleichzeitig eine fehlerhafte Gesellschaft mit einer voll wirksamen gleich.

1 Davon ging wie selbstverständlich das RG in seiner Entscheidung aus, mit der die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft erstmals in der Rspr. Anerkennung fand: RGZ 165, 193 ff., S. 204: "Daran ist auf alle Fälle festzuhalten." Gemeint ist die im Außenverhältnis schon immer praktizierte Rechts-scheinhafte Haftung. Rechtstheoretisch ist hier eine eigenartige Entwicklung zu verfolgen. Nach der h.L. hat sich nämlich ein Rechtsgrundsatz selbst außer Kraft gesetzt. Die Rechtsscheinhafte Haftung hat zur Begründung einer 'fehlerhaften Innengesellschaft' beigetragen, um im Rückschluß selbst beseitigt zu werden.

2 Fischer, LM Nr. 2 zu § 130 HGB.

3 Vgl. oben B I 3.

Schließlich läßt sich die persönliche Haftung der Gesellschafter nicht mit Hilfe einer Analogie der gesetzlich geregelten Parallelproblematik¹ im Recht der Kapitalgesellschaften lösen². Zwar wirken sich dort Mängel des Gründungsaktes nicht im Außenverhältnis aus, da diese Mängel durch die Handelsregistereintragung geheilt werden³. Doch ist der Grund dieser Regelung, nämlich die vorgesehene Kapitalgrundlage, als einziges Befriedigungsobjekt den Gläubigern zu erhalten, nicht unmittelbar auf das Recht der Personengesellschaft übertragbar, zumindest dann nicht, wenn die persönliche Haftung der Gesellschafter in Frage steht. Ferner wird die Existenz der juristischen Person damit begründet, daß die Gesellschafter, die Gesellschaftsanteile erworben haben, nicht verunsichert werden dürfen. Anderenfalls würde beispielsweise die Verkehrsfähigkeit von Aktien stark gefährdet. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft bedürfen dieses Schutzes nicht. Der Gesetzgeber hat deshalb die Gründung von Kapitalgesellschaften durch zwingende Vorschriften eingehend geregelt und dadurch gegenüber dem Recht der Personengesellschaften erheblich erschwert. Endlich wirkt der Staat bei der Entstehung der Kapitalgesellschaften durch einen konstitutiven Hoheitsakt mit. Eine solche Bedeutung hat die Handelsregistereintragung für die Personengesellschaften nicht. Dann ist es aber nicht rechtens, an die Eintragung der beiden Gesellschaftsarten jeweils die gleichen Rechtsfolgen zu knüpfen.

1 Vgl. dazu statt aller Hueck, GesR, § 23 III 2.

2 Ablehnend auch: Möschel, Festschrift für Hefermehl, S. 174-175; Canaris, a.a.O., S. 175.
a.A.: Flume, Die Personengesellschaft, S. 18;
Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 68 und 77.

3 BGHZ 7, 383; BGH NJW 1976, 1635.

Flume meint dagegen, daß für die Anerkennung der Kapitalgesellschaft weder die Eintragung als Hoheitsakt noch die Aufbringung des Gesellschaftskapitals maßgeblich sei. Vielmehr sei es die Begründung der Kapitalgesellschaft als Wirkungseinheit. Insoweit stehe auch die in Vollzug gesetzte Personengesellschaft als Wirkungseinheit der Kapitalgesellschaft gleich¹. Den Begriff der Wirkungseinheit leitet der Autor auch aus der Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages ab, der wegen seines personenrechtlichen Elements nicht den Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbeständen unterliegen könne². Das Argument Flumes kann allenfalls die Haftung der Gesellschaft³, d. h. die Zugriffsmöglichkeit auf das gesamthänderische Vermögen, nicht aber die persönliche Haftung der Gesellschafter begründen. Durch die Zuweisung von Rechten und Pflichten im Sinne des § 124 HGB wird die Personengesellschaft in die Nähe der juristischen Person gerückt, ohne freilich deren Natur zu teilen. Wenn eine Analogie zu den gesetzlichen Bestimmungen im Recht der Kapitalgesellschaften infrage kommen kann, dann sicherlich nur in Bezug der in § 124 HGB niedergelegten Eigenschaften der Personengesellschaft. Die Gesellschafter können auf diese Weise die in die Gesellschaft eingebrachten Leistungen verlieren. Das ist aber nicht unbillig, da sie dieses Risiko im voraus erkennen können. Insoweit teilen sie das Schicksal der Kapitalgesellschaften und insoweit mag man auch die 'fehlerhafte Gesellschaft' als Wirkungseinheit bezeichnen. Schließlich läßt die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung im Recht der Kapitalgesellschaften das Verkehrs-

1 Flume, Die Personengesellschaft, S. 18.

2 Flume, a.a.O., S. 17.

3 Die Anwendung des § 124 HGB wurde oben unter C II 1 befürwortet.

schutzinteresse der Gläubiger erträglich erscheinen. Dies alles trifft aber nicht mehr auf die persönliche Haftung der Beteiligten einer Personengesellschaft zu¹.

Die Anerkennung einer voll wirksamen Personengesellschaft läßt sich entgegen Flume nicht mit der personenrechtlichen Natur des Gesellschaftsvertrages beweisen. Es ist nämlich nicht einzusehen, wieso bei besonders schweren Vertragsmängeln eine in Vollzug gesetzte 'fehlerhafte Gesellschaft' nicht entstehen kann. In Übereinstimmung mit der h.L. will Flume in diesen Fällen eine Gesellschaft nicht anerkennen². Damit setzt sich die h.L. einem Wertungswiderspruch aus, indem sie die Gläubiger, die mit einer solchen faktischen Gemeinschaft Handel betrieben haben, auf die Rechtsscheingrundsätze verweist³, deren Anspruchsvoraussetzungen viel enger sind. Es muß ein zurechenbarer Rechtsscheintatbestand vorhanden sein⁴. Der Gläubiger muß eine Disposition getroffen haben, die durch den Anschein verursacht⁵ oder zumindest potentiell verursacht⁶ worden ist. Schließlich muß der disponierende Dritte gutgläubig⁷ gewesen sein.

Die Notwendigkeit des guten Glaubens z. B. wäre demnach von einem typischerweise nach außen hin nicht erkennbaren Vorgang abhängig.

1 Auf diesen Unterschied weist Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 77 leider nicht hin.

2 Flume, Die Personengesellschaft, S. 19; vgl. oben C I 3 d.

3 Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 107 ff.

4 Vgl. oben B I 2 a bb - ee und B II 3 d, f.

5 Vgl. oben B I 2 c.

6 Vgl. oben B II 5 b.

7 Vgl. oben B I 2 b, B II 5 a.

Deshalb ist es schlicht sachwidrig, die Ansprüche Dritter, die mit dem Innenverhältnis nichts zu tun haben, davon abhängig zu machen, wie schwer sich der Mangel des Gesellschaftsvertrages auswirkt. Besonders deutlich wird dies, wenn die Beteiligten eine Gesellschaft nur zum Schein begründet haben (§ 117 Abs. 1 BGB). Die herrschende Lehre lehnt die Anwendung des Instituts der 'fehlerhaften Gesellschaft' hier ab¹. Zwar mag die Begründung, der übereinstimmende Wille der Beteiligten gehe dahin, ihre Rechtsbeziehungen nicht nach gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu regeln, für das Innenverhältnis zutreffend sein, sie kann aber nicht erklären, wieso dieser Wille gegenüber Dritten beachtlich sein soll. Dagegen schadet den Gläubigern ihre Bösgläubigkeit nicht, wenn z. B. ein Gesellschafter aufgrund einer arglistigen Täuschung in eine oHG eingetreten ist. Angenommen, der Beitretende ist schlau genug, sich nicht täuschen zu lassen; er erklärt sich trotzdem bereit, der oHG nur zum Schein beizutreten, um den Rechtsverkehr über die Solidität der Firma zu täuschen. Jetzt darf er sich auf den bösen Glauben der Dritten berufen, obwohl er nicht das Opfer einer Täuschung geworden ist, sondern selbst an ihr mitgewirkt hat. Eine solche Wertungsdifferenz läßt sich nicht mehr rechtfertigen. Vielmehr deutet alles darauf hin, daß die durch Scheingeschäft gegründete Gesellschaft, was den Schutz des Rechtsverkehrs betrifft, nur einen von vielen Fällen der Scheinhandelsgesellschaften darstellt².

1 BGH LM Nr. 4 zu § 105 HGB; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 108; Hueck, oHG, § 7 III 4 b; Staudinger-Geiler-Kessler, § 705 Anm. 133; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 705 Anm. 66; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62 b und 62 r.

2 Vgl. Canaris, a.a.O., S. 122; Möschel, Festschrift für Hefermehl, S. 174; Rüdig, a.a.O., S. 26-27.

b) Die in der Literatur vertretenen, abweichenden
Stellungnahmen

Im Schrifttum sind vereinzelt Stellungnahmen zu finden, die mit unterschiedlichen Begründungen und zum Teil voneinander abweichenden Ergebnissen eine mildere Haftung der Gesellschafter vorschlagen.

(1) Ohne nähere Begründung gehen Larenz¹ und Westermann² davon aus, daß für die Haftung der Gesellschafter ausschließlich Rechtsscheingrundsätze maßgeblich sind. Diese Haltung ist verständlich, da die Autoren das Recht der 'fehlerhaften Gesellschaft' als reines Abwicklungsproblem verstehen und für sie deshalb kein Anlaß besteht, die ausschließlich für das Innenverhältnis geltenden Gesichtspunkte auf das Außenverhältnis zu übertragen. Implizit halten die Verfasser an einem gültigen Vertrag als Entstehungsvoraussetzung einer Gesellschaft fest und ordnen das auf einer mangelhaften Vertragsgrundlage beruhende Gesellschaftsverhältnis dem Institut der 'Scheinhandelsgesellschaften' zu.

(2) Auch Bürck³ und Canaris⁴ meinen, die 'fehlerhafte Gesellschaft' bilde keinen Sonderfall, der die Anwendung von Rechtsscheingrundsätzen als überflüssig erscheinen ließe. Canaris hält den von der herrschenden Lehre angewandten Erst-recht-Schluß aus den oben dargelegten Gründen für verfehlt⁵. Ähnlich wie im Innenverhältnis sollte das Bestreben dahin gehen, die Nichtigkeitsfolgen des Gesellschaftsvertrages nur soweit einzuschränken, als

1 Larenz, Schuldrecht BT, § 60 VII.

2 Westermann, GesR, Rdz. 761.

3 Bürck, AcP 171, 349-350.

4 Canaris, a.a.O., S. 175-177.

5 Vgl. oben C II 2 a.

dadurch sachgerechte Ergebnisse erzielt werden können. Dies sei, wie der Autor es am Beispiel der §§ 28, 130 HGB veranschaulicht, durch Heranziehung der Rechtsscheintatbestände zu erreichen.

Bürck meint, die Grundsätze bezüglich einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft seien nur auf das Innenverhältnis anzuwenden. Es könne zwar von der Interessenlage der Gesellschafter her gesehen rechtens sein, Gesellschaftsregeln im gewissen Umfang auf das Gemeinschaftsverhältnis anzuwenden; dennoch bestehe damit nach außen hin nicht automatisch eine gültige Gesellschaft. Das Gesetz fordere unmißverständlich zur Begründung einer Gesellschaft (auch für das Außenverhältnis) u. a. einen gültigen Vertrag. Dadurch, daß eine fehlerhafte Gesellschaft wie eine rechtswirksame gestaltet sei und Handel treibe, werde Dritten gegenüber lediglich der *A n s c h e i n* erweckt, als sei eine rechtswirksame Gesellschaft vorhanden. Erst dieser *A n s c h e i n* - nicht das interne Interesse der Gesellschafter untereinander - bilde zugunsten schützenswerter Dritter den Grund, daß die Rechtsordnung im Außenverhältnis Gesellschaftsregeln Platz greifen ließe.

Der Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings hat sich Bürck mit den Argumenten der herrschenden Meinung nicht auseinandergesetzt, so daß seine Begründung nicht vollständig ist¹.

(3) Gegen die unheilvolle Einheitslösung der herrschenden Lehre wendet sich schließlich Möschel², der die Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher

1 Den Erst-recht-Schluß, der auch von der Rspr. vorgenommen wird, deutet Bürck nur an. Vgl.: a.a.O., S. 349, insbesondere den Text bei Fn. 80.

2 Möschel, Festschrift für Hefermehl, S. 171 ff.

Vorschriften im Außenverhältnis mit dem Zweck der jeweiligen Norm begründen will. Er bildet dazu vier Sachverhaltsgruppen¹ und untersucht dabei, ob die infrage stehenden Bestimmungen grundsätzlich ein fehlerfreies Gesellschaftsverhältnis voraussetzen. Ziel der Darstellung ist es, eine Differenzierung der Ergebnisse zu erreichen².

Möschels Methode muß auf Bedenken stoßen, wenn er die Anwendung eines Gesetzes nicht von dessen Voraussetzungen her bestimmen will, sondern von dessen Regelungsinhalt. Die Frage nach dem Zweck einer Norm setzt grundsätzlich deren Anwendbarkeit voraus. Im übrigen sind die nach den Sachverhaltsgruppen herausgearbeiteten Ergebnisse nicht immer einleuchtend. So sollen beispielsweise für fehlerhafte Gründungsvorgänge Rechtsscheingrundsätze hingegen nicht für fehlerhafte Beitritte maßgeblich sein. Hier zeigt sich deutlich der falsche Ansatz der Methode. Gründungs- und Beitrittsverträge teilen dieselbe Rechtsnatur, so daß Mängel anläßlich solcher Rechtsgeschäfte dieselben Rechtsfolgen haben müßten. Es geht darum nicht an, die Fehlerhaftigkeit des Vertrages für die eine Sachverhaltsgruppe etwa nach § 130 HGB zu bewerten.

Abgesehen von dieser grundsätzlichen Kritik können die Auslegungsergebnisse der §§ 28, 130 HGB nicht befriedigen. Den Grund für die Haftungsanordnung des § 130 HGB sieht Möschel u. a. darin, daß der neue Gesellschafter Einfluß auf die Geschicke und den Vermögensstand der Gesellschaft nehmen könne

1 Die Gliederungspunkte lauten:

1. Fehlerhafter Beitritt (S. 176)
2. Fehlerhafter Austritt (S. 183)
3. Sonstige Vertragsabänderungen (S. 184)
4. Fehlerhafte Gründungsvorgänge (S. 187)

2 a.a.O., S. 176.

und damit gleichzeitig das Interesse der Altgläubiger tangieren könne. Um daraus resultierende Gefahren für die Gläubiger von vornherein zu kompensieren, sei die persönliche Haftung für Altschulden vorgesehen. Natürlich verhindert ein fehlerhafter Beitritt nicht die Möglichkeit des neuen Gesellschafters faktisch auf den Vermögensstand der Gesellschaft einzuwirken. Deshalb sei auch hier eine Haftung des Beitretenden grundsätzlich geboten¹.

Das von Möschel beschriebene Gefahrenrisiko ist m. E. stark übertrieben, denn die Haftungssubstanz wird sich in der Regel durch den Beitritt eines Gesellschafters nicht vermindern, so daß allein aus diesem Gesichtspunkt eine persönliche Haftung für die Altschulden kaum zu rechtfertigen ist. Zunächst einmal ist zu berücksichtigen, daß den Gläubigern das Privatvermögen der bisherigen Gesellschafter haftbar bleibt. Soweit Gesamthandsvermögen auf diese Gesellschafter übertragen wird, schadet eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens nicht. Daß gerade dem neuen Gesellschafter Bestandteile der Gesamthand übereignet werden könnten, ist mehr als unwahrscheinlich. Dem Risiko der Vermögensverringerung steht wohl die realistische Chance gegenüber, daß sich durch die Einlage des Beitretenden das Gesamthandsvermögen vermehrt. Den Gläubigern drohen daher überhaupt keine Gefahren. Auf der anderen Seite kann der beitretende Gesellschafter sein gesamtes Privatvermögen verlieren, wenn die Gesellschaft hoch verschuldet ist.

Der Sinn des § 130 HGB dürfte daher allein darin zu sehen sein, daß durch den Gesellschafterwechsel die Identität der Gesellschaft nicht berührt wird, deren wesentliches Merkmal die gesamtschuldnerische Haf-

¹ Möschel, a.a.O., S. 176-179.

tung aller Gesellschafter ist. Damit ist gleichzeitig dargetan, daß die Haftung gem. § 130 HGB grundsätzlich einen gültigen Beitrittsvertrag erfordert.

Nach Möschels Auffassung begründet § 28 HGB nie, also auch nicht im Falle eines rechtswirksamen Beitrittsvertrages, die persönliche Haftung des Eintretenden, sondern nur die Haftung der Gesamthand. Die herrschende Meinung¹, die gegenteiliger Auffassung ist, indem sie § 28 HGB mit § 128 HGB koppelt, sei gesetzessystematisch nicht haltbar. § 128 HGB und § 171 HGB normierten nämlich nur eine persönliche Haftung für die Zeit der Zugehörigkeit zur Gesellschaft. Andernfalls wäre § 130 HGB überflüssig².

Möschel übersieht, daß mit dem Eintritt in das Geschäft eines Einzelhandelskaufmanns erst eine Gesellschaft entsteht, die also selbst keine Altschulden haben kann. Insofern wäre es gesetzestechnisch nicht möglich gewesen, eine dem § 130 HGB entsprechende Vorschrift zu erlassen. Wäre die persönliche Haftung des Beitretenden für die Altschulden des Unternehmens angeordnet, dann wären nur die Gesellschafter Schuldner, nicht aber die Gesellschaft selbst. Nach § 28 Abs. 1 HGB gehen sämtliche Schulden und Forderungen des Handelsgeschäfts auf die Gesellschaft über. Damit besteht kein Unterschied zwischen Alt- und Neuschulden, sondern es gibt mit Gründung der Gesellschaft nur neue Verbindlichkeiten, so daß sich die persönliche Haftung der Gesellschafter in der Tat zwanglos aus § 128 HGB ergibt.

Der von Möschel vorgeschlagene Lösungsweg ist daher insgesamt abzulehnen³.

1 BGH LM Nr. 6 zu § 28 HGB; Baumbach-Duden, § 28 Anm. 1 A; Heymann-Kötter, § 28 Anm. 1; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 28 Anm. 9.

2 Möschel, a.a.O., S. 180-183(181).

3 Mit der Haftung des fehlerhaft eingetretenen Gesellschafters befaßt sich noch Reindl, Festschrift für Demelius, S. 427 ff. Der Autor versucht, eine Lösung mit Hilfe der österreichischen Anfechtungstatbestände (§ 871 ABGB) zu erreichen. Es wird daher hier davon Abstand genommen, auf diesen Lösungsweg näher einzugehen.

3. Eigener Lösungsvorschlag

Es ist den Literaturansichten zuzustimmen, die die persönliche Haftung der Gesellschafter nach Rechts-scheinregeln beurteilen. Die Gründung einer Gesellschaft erfordert nach dem Gesetz unmißverständlich den Abschluß eines gültigen Gesellschaftsvertrages. Deshalb sind die Rechte und Pflichten der Gesellschaften nur mit Hilfe übereinstimmender Willenserklärungen zu begründen. Ist der Abschluß des Gesellschaftsvertrages fehlgeschlagen, so mögen sich im Innenverhältnis die Rechtsbeziehungen der Beteiligten weitgehend nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften richten. Der Ausdruck 'fehlerhafte Gesellschaft' darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß in Wahrheit kein mit sämtlichen Rechten und Pflichten ausgestattetes Gesellschaftsverhältnis vorliegt. Auch im Außenverhältnis kann daher keine voll wirksame Gesellschaft bestehen. Man sollte sich ständig bewußt sein, daß eine Gleichstellung mit der echten Gesellschaft ein Abrücken vom Gesetz darstellt und darum nur soweit vorgenommen werden sollte, wie dies unbedingt nötig erscheint.

Die Anerkennung von Gesamthandsvermögen zwingt freilich dazu, eine Klage gegen die 'fehlerhafte Gesellschaft' zuzulassen, da den Gesellschaftsgläubigern sonst der unmittelbare Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen entzogen würde. Darüber hinaus stehen auch der Gesellschaft sämtliche in § 124 HGB genannten Rechte zu. Die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen der allgemeinen Bestimmungen des BGB führt also auch im Außenverhältnis zu einer Teilwirksamkeit der Gesellschaft. Doch zwingt dieses Ergebnis nicht gleichzeitig zu der Annahme, die persönliche Haftung der Gesellschafter als gegeben anzusehen. Eine sachgerechte Lösung läßt sich nur

erzielen, wenn man sich von begriffsjuristischen Bedenken freihält und insbesondere einräumt, daß die persönliche Haftung der Gesellschafter ein vom übrigen Außenverhältnis der Gesellschaft durchaus gesondertes rechtliches Schicksal haben kann¹. Ein solcher Lösungsweg bietet sich durch die Heranziehung von Rechtsscheingrundsätzen an. Die hier aufgezeigte These soll im folgenden anhand weiterer Gesichtspunkte erhärtet werden.

a) Interessenabwägung zwischen den Gläubigern und den Gesellschaftern

Wie der bereits geschilderte Fall des arglistig herbeigeführten Beitritts eines Gesellschafters deutlich macht, führt die herrschende Lehre zu Ergebnissen, die von der Interessenlage sämtlicher Beteiligter her betrachtet nicht geboten sind. Dem Getäuschten droht bei einer entsprechenden Verschuldung des Unternehmens u. U. der Verlust seines gesamten Vermögens. Die Tragik spitzt sich dadurch noch zu, daß die einmal begründete Haftung durch einen noch so raschen Austritt aus der Gesellschaft nicht mehr beseitigt werden kann (vgl. § 159 Abs. 1 HGB). Ist die fehlerhafte Gesellschaft erst einmal vollzogen, dann sind sämtliche bestehenden Gesellschaftsschulden auch zu Verbindlichkeiten des Gesellschafters geworden. Gerade beim Gesellschafterbeitritt sind denkbar wenige Voraussetzungen nötig, um den "Vollzug" zu bewirken.

¹ Daß die Haftung der Gesellschafter nicht immer mit der Haftung der Gesellschaft übereinstimmen muß, beweist die Regelung des § 28 Abs. 2 HGB. Auch die Rechtsfigur des Kommanditisten macht deutlich, daß die Gesellschafter ihre Haftung gegenüber Dritten wirksam beschränken können. Vgl. Reindl, Festschrift für Demelius, S. 432.

Nach übereinstimmender Auffassung reicht dazu die werbende Tätigkeit der Gesellschaft im Außenverhältnis aus¹. Da das Unternehmen bereits besteht, brauchen keinerlei Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf die geschäftliche Betätigung getroffen zu werden. Die um den Beigetretenen erweiterte Gesellschaft wird daher schon dann werbend tätig, wenn den Geschäftspartnern der Beitritt mitgeteilt wird, wobei eine solche Erklärung sofort unmittelbar gegenüber sämtlichen Dritten wirkt, auch wenn sie nur gegenüber wenigen erfolgte. Das Vollzugsmoment ist nämlich unteilbar, d. h. eine Gesellschaft kann nicht gegenüber einzelnen Gläubigern bestehen und gegenüber anderen nicht bestehen. Ja, der Beitritt muß noch nicht einmal nach außen erkennbar geworden sein; er ist gegenüber Dritten schon wirksam, wenn die Geschäfte der Gesellschaft mit Zustimmung des neuen Gesellschafters fortgeführt werden².

Das bedeutet, daß für den beitretenen Gesellschafter nach Abschluß des fehlerhaften Vertrages innerhalb einer ganz kurzen Zeitspanne irreversible Fakten geschaffen werden können. Da im Geschäftsverkehr Betrugshandlungen oft nicht leicht zu durchschauen sind, wird man angesichts der Rechtsprechungspraxis niemanden empfehlen können, in eine bestehende Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter einzutreten, solange noch die leisesten Zweifel in bezug auf ein Haftungsrisiko bestehen. Als Ausweg böte sich die Lösung, die bisherige Gesellschaft aufzulösen und unter den zukünftigen Gesellschaftern eine neue Gesellschaft zu gründen³. Doch wird ein solcher Ratschlag bei

1 Siehe oben: Fn. 2 auf S. 113.

2 Vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 130 Anm. 22; Hueck, oHG, § 27 I 2 e; Schlegelberger-Geßler, § 130 Anm. 20; Westermann, GesR, Rdz. 389; RGZ 89, 97; 93, 288.

3 Westermann, GesR, Rdz. 390.

Kaufleuten auf Ablehnung stoßen, wenn er ein betriebswirtschaftlich unsinniges Ergebnis darstellt. Besonders vorsichtige Leute werden möglicherweise von einem beabsichtigten Beitritt absehen. Es ist daher nicht auszuschließen, daß viele Personen einer bereits bestehenden Personengesellschaft fern bleiben werden, wodurch der Wirtschaft insgesamt wichtige Impulse verloren gehen können. Dieses unbefriedigende Resultat wäre u. U. hinzunehmen, wenn aus der Sicht der Gläubiger eine strikte Haftung des beitretenden Gesellschafters unerläßlich ist. Indes wird dies weder von der Rechtsprechung noch von der h.A. im Schrifttum angenommen¹.

Fischer weist beispielsweise darauf hin, daß die Altgläubiger ohne ihr Zutun einen zusätzlichen Schuldner erhalten würden. Für sie stelle sich der Tatbestand gewissermaßen wie ein Geschenk dar², womit m. E. ein ungerechter Vermögenszuwachs mit Deutlichkeit beschrieben wird. Bevor das Recht der 'fehlerhaften Gesellschaften' Einzug in unser Rechtsleben fand, wurde im Schrifttum eine Haftung des beitretenden Gesellschafters für Altschulden überwiegend abgelehnt³.

Das Reichsgericht nahm dagegen bei einer Eintragung des Betroffenen in das Handelsregister über die "Erklärungen an die Öffentlichkeit" eine Haftung an⁴.

1 BGHZ 44,235; BGH NJW 1972,1466; Fischer, LM Nr. 2 zu § 130 HGB; Hueck, OHG, § 7 II.

2 Fischer, LM Nr. 2 zu § 130 HGB.

3 Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 130 Anm. 7; Larenz, JW 1934,224; Schlegelberger-Geßler (3. Aufl. 1955!), § 130 Anm. 27.

4 RGZ 76,439; 89,97; 142,98; 164,115.

Das Ergebnis dieser umstrittenen Rechtsprechung ist jetzt sogar zu Ungunsten des Betroffenen verschoben, da eine 'fehlerhafte Gesellschaft' ohne Registereintragung werbend tätig werden kann. Es muß verwundern, daß bei der Suche nach einem gerechten Ergebnis derselbe Lebensvorgang innerhalb weniger Jahrzehnte völlig anders beurteilt wird. Wer die Haftung für Altschulden als ungerecht empfunden hat, darf sich heute nicht mit dem Hinweis begnügen, das Institut der 'fehlerhaften Gesellschaft' würde infrage gestellt, wenn man die Haftung des beitretenden Gesellschafters in Zweifel ziehen wollte¹.

Soll hier etwa von dem getäuschten Bürger ein Opfer für ein sorgfältig von der Rechtswissenschaft entwickeltes Institut verlangt werden? Die Unangemessenheit eines Urteils läßt sich mit derartigen Formulierungen nicht beseitigen; vielmehr stellt sich ein Rechtsinstitut, das offensichtlich auch unsachgerechte Ergebnisse zur Folge hat, selbst infrage.

Eine Interessenabwägung zwischen den Altgläubigern und dem beigetretenen Gesellschafter macht dessen Haftung keineswegs unbedingt notwendig. Rechts-scheingesichtspunkte sind dagegen geeignet, eine dem Interessenkonflikt angemessene Lösung herbeizuführen, indem eine Haftung erst dann gefordert wird, wenn die Gläubiger im Vertrauen auf den Beitritt vermögenswerte Dispositionen getroffen haben².

Die Unangemessenheit der von der h.L. entwickelten Ergebnisse zeigt sich zwar besonders deutlich bei dem Problemkreis der Altschulden. Sie ist aber nicht denknotwendig auf diesen Bereich beschränkt. Es können auch bei der Begründung von neuen Verbindlichkeiten Umstände auftauchen, die eine Haftung

1 So ausdrücklich BGH NJW 1972, 1466.

2 Vgl. dazu oben B I 2 c, B II 5 b.

eines einzelnen Gesellschafters als unbillig erscheinen lassen. Man stelle sich nur vor, der Gläubiger wirkt selbst an einer arglistigen Täuschung der Gesellschafter mit, um jemanden zum Beitritt in eine oHG zu bewegen¹. Anschließend nimmt er ihn gem. § 128 HGB für Lieferungen in Anspruch, die er vor dessen Beitritt an die Gesellschaft eingestellt hatte und erst danach wieder im Hinblick auf die Vermögenslage des neuen Gesellschafters aufnahm. In einem solchen Fall wäre es geradezu skandalös, wenn sich der Gläubiger auf § 128 HGB berufen könnte. Nach den Grundsätzen der 'fehlerhaften Gesellschaft' besteht jedoch keine Möglichkeit, den Getäuschten von der Haftung zu befreien. Auch im Fall der arglistigen Täuschung soll eine 'fehlerhafte Gesellschaft' entstehen². Werden für diese wirksamen Verbindlichkeiten begründet, läßt sich die Anwendung des § 128 HGB nicht mehr umgehen. Dem Getäuschten wäre demnach nur dadurch noch zu helfen, daß ihm ein rascher Austritt aus der Gesellschaft ermöglicht wird, um so die Verstrickung in neue Schuld zu vermeiden³.

Dieser Schutz kann sich als unvollkommen erweisen, wenn die seit dem Beitritt begründeten Schulden schon unermeßlich hoch sind. Da ein Rückgriff gegenüber den übrigen Gesellschafters praktisch aussichtslos ist, wenn diese über kein Privatvermögen verfügen, kann die wirtschaftliche Existenz

1 Der arglistig handelnde Gläubiger kann sich zwar nach § 823 Abs. 2 BGB ersatzpflichtig machen. Es ist aber im Ergebnis eine Lösung vorzuziehen, die ihm selber keinen Anspruch zuerkennt.

2 BGHZ 13,320; 26,330; Hueck, oHG, § 7 III 4 d; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 621; Staudinger-Kessler, § 705 Anm. 129; Fischer in Großkomm. HGB § 105 Anm. 101 und in NJW 1958, S. 971 ff.; Westermann, GesR, Rdz. 784.

3 Fischer, NJW 1958, S. 972/73 will den Betroffenen ein Kündigungsrecht einräumen. Hueck, oHG, § 7 III 4 d und Westermann, GesR, Rdz. 784 halten aus Gründen der Rechtssicherheit an einer analogen Anwendung des § 133 HGB fest. Sie wollen dem Getäuschten durch die Zulassung einer einstweiligen Verfügung helfen. Bezüglich des Beitritts zu einer Masse-KG vgl.: BGH NJW 1975, 1022; NJW 1975, 1700; NJW 1976, 894.

einer Person völlig vernichtet werden, obwohl sich die Bereicherung des nutznießenden Gläubigers überhaupt nicht rechtfertigen läßt. Der vorwerfbar Handelnde wird sogar für sein Tun belohnt. Damit wird in grober Weise gegen den Rechtsgedanken des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen.

Auch hier zeigt sich wiederum die Überlegenheit der Rechtsscheingrundsätze, die dem bösgläubigen Dritten die Berufung auf § 128 HGB versagen.

Im Spannungsfeld zwischen den Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter führen also die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung zu wesentlich gerechteren Ergebnissen als sie mit Hilfe des Instituts der fehlerhaften Gesellschaft - so wie es von der h.L. verstanden wird - zu erreichen sind.

Es muß eigentlich überraschen, daß die h.L. die Bedenken, die im Ergebnis gegen eine rigorose Haftung der Gesellschafter sprechen, kaum erörtert. Nur Flume meint, der in Anspruch Genommene könne gegenüber dem bösgläubigen Gläubiger die Einrede der Arglist erheben. Dieses Recht solle insbesondere dem aufgrund eines fehlerhaften Vertrages Beitretenden zustehen, der nach Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes unverzüglich kündigt oder die Auflösung der Gesellschaft betreibt¹. Damit nähert sich Flume in der Sache der hier vertretenen Lösung an. Die Arglisteinrede basiert ebenso wie die Rechtsscheinhaftung auf dem Grundgedanken des § 242 BGB, so daß nicht einzusehen ist, wieso der Autor es ablehnt, die Problematik der 'fehlerhaften Gesellschaft' allgemein der Rechtsscheinhaftung zuzuordnen². Hinter

1 Flume, Die Personengesellschaft, S. 19.

2 Flume, a.a.O., S. 19.

diesen Ausführungen verbirgt sich möglicherweise die Vorstellung, daß die Anwendung von Rechtsscheingrundsätzen dazu zwingt, auch im Innenverhältnis ein Gesellschaftsverhältnis zu leugnen. Flume und mit ihm die h.L. meinen vielleicht, eine Rechtsscheinhaftung der Gesellschafter könne nur bei der Scheingesellschaft infrage kommen, bei der, wie oben dargestellt wurde¹, unter den Beteiligten kein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen ist. Bei einer solchen Betrachtungsweise würden die für das Innenverhältnis der 'fehlerhaften Gesellschaft' herausgearbeiteten Grundsätze unanwendbar. Diese unterstellten Befürchtungen sind aber unzutreffend, da die Haftung der Gesellschafter nach Rechtsscheingrundsätzen die Existenz einer Teilgesellschaft nicht verbietet, so daß sich die Anerkennung einer 'fehlerhaften Gesellschaft' im Innenverhältnis und die Berücksichtigung von Rechtsscheingrundsätzen im Außenverhältnis miteinander vereinbaren lassen und nicht - wie möglicherweise angenommen wird - gegenseitig ausschließen².

Schließlich steht die h.A. im gewissen Widerspruch zum Vertretungsrecht der Handelsgesellschaften³. Zwar ist der Umfang der Vertretungsmacht gem. § 126 Abs. 2 HGB Dritten gegenüber nicht beschränkbar⁴. Doch soll dieser Grundsatz nur den redlichen Verkehr schützen und nicht bewußt Schädigungen der Gesellschaft fördern helfen. Er versagt daher, wenn

1 Vgl. oben B IV.

2 Vgl. dazu unten C II 3 c.

3 Möschel, Festschrift für Hefermehl, S. 187.

4 Bei der KG sind die Kommanditisten von der gesellschaftlichen Vertretung gem. § 170 HGB ausgeschlossen. Die Stellung der Komplementäre bestimmt sich nach dem Recht der oHG, so daß § 126 HGB auch für die KG gilt, die ja wenigstens einen Komplementär aufweisen muß. Vgl. Westermann, GesR, Rdz. 801, 807, 811.

der Dritte erkennt, daß der Gesellschafter seine Vertretungsmacht zum Schaden der Gesellschaft mißbraucht¹. Mängel anläßlich der Bestellung der Vertretungsmacht können sich damit letztlich auch im Außenverhältnis auswirken, zumindest wenn die materiellen Interessen der Gesellschaft erkennbar auf dem Spiel stehen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich dieser Gedankengang nicht auch auf die Stellung eines einzelnen Gesellschafters übertragen läßt, sobald diesem ein Schaden zugefügt werden soll und ein Dritter davon Kenntnis erhält. Ein Gläubiger wird doch kaum annehmen dürfen, daß ein Gesellschafter, der aufgrund eines nichtigen Vertrages einer Gesellschaft beigetreten ist, ein Interesse daran hat, an den gemeinsamen Handelsgeschäften teilzunehmen. Das muß wenigstens gelten, wenn der Gesellschafter den Vertrag angefochten hat bzw. die Auflösung der Gesellschaft betreibt². Natürlich will er dann nicht mehr für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gem. § 128 HGB eintreten. Trotzdem können die übrigen Gesellschafter weiter rechtsverbindliche Erklärungen für die Gesellschaft abgeben, solange deren Auflösung noch nicht rechtskräftig festgestellt worden ist. Sie verpflichten dadurch aber gleichzeitig über § 128 HGB den weichenden Gesellschafter. Das Gesetz beinhaltet somit nicht nur einen Haftungstatbestand, sondern es kann auch als eine Vertretungsregel aufgefaßt werden, so daß in diesem Zusammenhang ebenso von einem Mißbrauch der Vertretungsbefugnis gesprochen werden kann.

1 Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht liegt bei bewußten Untreuehandlungen des Gesellschafters vor. Zu den Einzelheiten vgl. Hueck, oHG, § 20 III 2 b; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm. 22; Fischer in Großkomm. HGB, § 126 Anm. 18-22; Westermann, GesR, Rdz. 199-200.

2 Zu der prozeßrechtlichen Frage, ab wann sich der in Anspruch genommene Gesellschafter auf den mangelhaften Vertrag berufen kann, vgl. unten C II 4.

Im Interesse des redlichen Verkehrs ist freilich die Mißbrauchsgefahr hinzunehmen, was mit anderen Worten bedeutet, daß ein in bezug auf die Gesellschaft gültiges Rechtsgeschäft zu Lasten aller Gesellschafter wirkt. Niemand muß deshalb Nachforschungen darüber anstellen, ob sämtliche Gesellschafter mit dem Abschluß des Rechtsgeschäftes einverstanden sind und gegebenenfalls persönlich für die Schuld eintreten wollen. Etwas anderes ist es, ob man darüber hinaus auch denjenigen schützen soll, der positiv weiß, daß ein einzelner Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag wirksam angefochten hat. Es stellt m. E. keine Überspannung des Handelsverkehrs dar, wenn dieser den Vertragsschluß sorgfältig überdenken muß. Wenn es ihm gerade auf die persönliche Haftung des ausscheidungswilligen Gesellschafters ankommt, so ist es ihm eher zuzumuten, von dem Geschäft Abstand zu nehmen, als jenen bewußt in neue Verbindlichkeiten zu verstricken. Hält er dagegen die Restgesellschaft für zahlungsfähig, kann er an dem Geschäft festhalten. So gesehen steht sich dieser Gläubiger noch besser als jener, der wissentlich¹ an einem Vertrag zum Nachteil der Gesellschaft mitwirkt, denn in dem einen Fall geht es darum, die Wirksamkeit des an sich gültigen Vertrages nur im Hinblick auf einen Schuldner zu beschränken, während in dem anderen Fall der Vertrag überhaupt nicht gegenüber dem Vertretenen wirkt, so daß weder die Gesellschaft noch die übrigen Gesellschafter haftbar gemacht werden können. Der Unterschied erklärt sich daraus, daß die Geschäfte im Hinblick auf die Gesellschaft nützlich bleiben können, obwohl einer der Gesellschafter an dem Zustandekommen kein Interesse mehr hat. Für ihn stellt

¹ Dem positiven Wissen kann die Unkenntnis aufgrund grober Fahrlässigkeit gleichstehen. Vgl. Westermann, GesR, Rdz. 199; Hueck, oHG, § 20 III 2 b.

sich die persönliche Haftung deshalb als nachteilig dar, weil er an der Ergebnisverteilung der Gesellschaft nicht mehr beteiligt sein will. Eine isolierte Haftung richtet sich immer gegen die Interessen des Betroffenen. Insoweit kann man auch von einem Mißbrauch der Vertretungsmacht sprechen. Der Vergleich bietet sich zumindest an, wenn die materielle Existenz des Gesellschafters bedroht ist.

Man mag dem entgegenhalten, daß es sich bei den obigen Ausführungen ausschließlich um die Berücksichtigung von Billigkeit Gesichtspunkten handelt. Doch wenn man erkennt, daß auch das Institut der 'fehlerhaften Gesellschaft' auf Billigkeit Gesichtspunkten beruht¹, dann stellt es keinen Widerspruch dar, derartige Erwägungen zugunsten der persönlichen Haftung eines Gesellschafters anzustellen. So kann beispielsweise eine Kreditaufnahme für eine notleidende Gesellschaft sinnvoll sein, um diese vor dem drohenden Konkurs zu retten. Es müßte allerdings als anstößig anmuten, wenn dabei als einzige Sicherheit das Privatvermögen des weichenden Gesellschafters benannt wird. Ebenso wie die Gesellschaft vor Untreuehandlungen zu Recht zu schützen ist, muß auch der Gesellschafter vor für ihn nachteiligen Geschäften bewahrt werden können. Eine solche Differenzierung ist nach der h.A. nicht möglich, wenn man davon ausgeht, daß die 'fehlerhafte Gesellschaft' bis zu ihrer Auflösung in jeder Beziehung wie eine voll wirksame zu behandeln ist.

Gegen diese Auffassung könnte man einwenden, daß sie dem Wortlaut des § 128 S. 2 HGB widerspricht. Vereinbarungen der Gesellschafter, ihre persönliche Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern zu beschränken, sind nach dieser Vorschrift unwirksam. Kann der

1 Vgl. oben C I 3 d (S. 128).

übereinstimmende Wille sämtlicher Gesellschafter keine Beschränkung der persönlichen Haftung bewirken, so müßte doch der dahin geäußerte Wille eines einzigen Gesellschafters erst recht unbeachtlich sein. Doch ist dieser Schluß nicht zwingend¹.

Die persönliche Haftung der Gesellschafter ist ein Ausfluß des Typenzwangs² im Gesellschaftsrecht, m.a.W. den Parteien ist es verwehrt, eine Gesellschaftsform zu wählen, die die Haftungsverhältnisse abweichend vom Gesetz regelt.

Man kann eben nicht eine Personenhandelsgesellschaft gründen, bei der nicht wenigstens die unbeschränkte Haftung eines Gesellschafters gewährleistet ist.

Nach § 128 S. 2 HGB ist es nicht möglich, Mitglied einer OHG zu werden, ohne das Risiko der unbeschränkten Haftung einzugehen. Wer dies nicht will, muß der OHG fern bleiben. Die noch so ernst gemeinte Erklärung, in Zukunft nicht mehr für die Schulden der OHG haften zu wollen, ohne aus der Gesellschaft auszutreten, ist sicherlich unbeachtlich. Doch geht es bei der Anfechtung³ des Gesellschaftsvertrages gerade darum, daß der Betroffene nicht mehr der Gesellschaft angehören will⁴ und nicht darum, lediglich seine Haftung zu beschränken. Steht die Mit-

1 Dies deutet schon ein Vergleich mit § 126 Abs. 2 HGB an, wonach entgegen dem Wortlaut eine Beschränkung der Vertretungsmacht infrage kommen kann.

2 Westermann, GesR, Rdz. 57,354.

3 Entsprechendes gilt natürlich auch bei der Geltendmachung von Nichtigkeitstatbeständen.

4 Nach § 142 Abs. 1 BGB vernichtet die Anfechtung ein Rechtsgeschäft mit rückwirkender Kraft. Im Gesellschaftsrecht kann ein Anfechtungstatbestand nur im Rahmen des § 133 HGB geltend gemacht werden (vgl. oben C I 3 d). Unter Berücksichtigung dieses Umstandes wird man die Anfechtungserklärung eines Gesellschafters dahingehend auslegen dürfen, daß er aus der Gesellschaft ausscheiden will.

gliedschaft eines Gesellschafters infrage, stellt es keinen Verstoß gegen § 128 S. 2 HGB dar, ihn von der persönlichen Haftung zu befreien. Eine Interessenbewertung der Beteiligten, die mit einer fehlerhaften Gesellschaft einen Vertrag geschlossen haben, hat gezeigt, daß die persönliche Haftung der Gesellschafter nicht unter allen Umständen zwingend erforderlich ist. Eine Lösung, die sich an den Geboten der Gerechtigkeit und Billigkeit orientiert, ist nur mit Hilfe von Rechtsscheingrundsätzen zu erzielen. Erst hierdurch wird gleichzeitig ein Einklang zu der Behandlung verwandter Probleme hergestellt, wie etwa bei der Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht.

b) Ist Gewohnheitsrecht noch anwendbar, nachdem § 15 Abs. 3 HGB erlassen worden ist?

Die bisherigen Erörterungen haben erkennen lassen, daß die h.L. nicht immer zu überzeugenden Ergebnissen führt. Der von ihr gebildete Erst-recht-Schluß, der die für das Innenverhältnis einer 'fehlerhaften Gesellschaft' maßgeblichen Gesichtspunkte auf das Außenverhältnis überträgt, hat sogar teilweise ungerechte Lösungen zur Folge, die mit Hilfe von Rechtsscheingrundsätzen zu vermeiden wären. Aufgrund allgemeiner Billigkeitserwägungen bietet sich somit bei der Anwendung des § 128 HGB die Berücksichtigung von Rechtsscheingrundsätzen an.

Im folgenden soll nun der Frage nachgegangen werden, ob nach Erlaß des § 15 Abs. 3 HGB für die h.L., die ja keine gesetzliche Grundlage aufweist, noch Raum ist. Solange die Rechtsfolgen der beiden Rechtsgrundlagen identisch sind, wird man dem Problem möglicherweise keine Beachtung schenken. Anders stellt sich die Sachlage dar, wenn nach der überkommenen

Rechtsprechungspraxis einem Gläubiger ein Anspruch gewährt würde, der die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 HGB nicht erfüllt. Praktisch relevant wird dieses Problem, wenn der Gläubiger bösgläubig war oder wenn er Befriedigung für seine Altschulden verlangt. Eine solche Anspruchskonkurrenz zwänge dazu, eine der beiden Rechtssätze für unanwendbar zu erklären¹. Das setzt natürlich voraus, daß derselbe Sachverhalt von beiden Normen erfaßt wird. Bevor hierauf näher eingegangen wird, soll zunächst untersucht werden, welche der beiden Rechtsquellen ranghöher ist.

Bei einer Konkurrenz zwischen Gewohnheitsrecht und gesetzlichem Recht muß das ältere Recht dem jüngeren weichen². Ob das Institut der 'fehlerhaften Gesellschaft' bereits zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist,

1 Larenz, Methodenlehre, S. 250 und BGB AT, S. 11.

2 Larenz, Methodenlehre, S. 250.

erscheint zweifelhaft¹. Für eine praeter legem entwickelte Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung muß aber erst recht der Satz gelten, daß sie einem neuen gesetzlichen Tatbestand weichen muß. Wenn sich also feststellen läßt, daß die Haftung eines an einer fehlerhaft errichteten Gesellschaft Beteiligten in den Normbereich des § 15 Abs. 3 HGB fällt, so wäre diesbezüglich die Anwendung von "Gewohnheits-sätzen" ausgeschlossen².

- 1 Für das Innenverhältnis mag das Institut zu Gewohnheitsrecht erstarkt sein. Doch trifft dies für die Beurteilung des Außenverhältnisses sicher nicht zu. Gewohnheitsrecht setzt nach der h.L. eine allgemeine Rechtsüberzeugung voraus, die von der überwiegenden Mehrheit der Rechtsgenossen geteilt wird. Eine ständige Rechtsprechung führt nach dieser Ansicht noch nicht zur Annahme von Gewohnheitsrecht. Von ihr kann nur der Anstoß ausgehen. Zur Bildung von Gewohnheitsrecht ist erforderlich, daß der konstante Gerichtsgebrauch in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen ist und von den Rechtsgenossen im Bewußtsein ihrer Normgeltung ganz überwiegend beachtet wird. - Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 425 -. Nach einer Mindermeinung kann die längere Übung durch Gerichte selbst schon zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen, sofern die Gerichtspraxis unangefochten ist, d. h. keinen Widerstand bei den Instanzengerichten, der Wissenschaft und der Bevölkerung gefunden hat. - Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 39 II 3a,b -.

Diese Streitfrage kann hier jedenfalls offenbleiben, denn selbst die erleichterten Voraussetzungen, die nach der Mindermeinung erforderlich sind, liegen nicht vor. Zum einen fehlt es an einer längeren Gerichtsübung. Die Haftung für Gesellschaftsschulden einer 'fehlerhaften Gesellschaft' wird bisher nur in zwei Urteilen des BGH behandelt. (Vgl. BGHZ 44, 235; BGH NJW 1972, 1466.) Das Reichsgericht hatte bei gleichgelagerten Fällen noch mit dem Institut der Rechtsscheinhaftung gearbeitet, wenn es dabei auch den Verkehrsschutz bei Registereintragungen praktisch verabsolutierte. (Vgl. oben B I 2 c.) Zum anderen hat die Rechtsprechung bereits Widerspruch gefunden. Z.B.: Canaris, a.a.O., S. 121, 122; Bürck, AcP 171, 349-350; Möschel, Festschrift für Hefermehl, S. 173.

- 2 Auf dieses Konkurrenzverhalten ist bisher nur Bürck, AcP 171, 328 ff. eingegangen. Der Autor stellt allerdings die Argumente der h.L. nicht richtig dar. Vgl. S. 348-350; andere Verfasser gehen wie selbstverständlich davon aus, daß § 15 Abs. 3 HGB keine Anwendung finden könne, wenn die Grundsätze der 'fehlerhaften Gesellschaft' eingreifen. Vgl. von Ols-

Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob die Eintragung und Bekanntmachung einer 'fehlerhaften Gesellschaft' eine unrichtige Tatsache i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB darstellen. Wenn man dies im Ergebnis verneint, besteht die Möglichkeit, das Institut aus dem Normbereich des § 15 Abs. 3 HGB auszuklammern. Dafür könnten auf den ersten Blick folgende Erwägungen sprechen:

Bei der Gründung einer Gesellschaft spielen zwei Vorgänge eine Rolle, nämlich der Abschluß des Gesellschaftsvertrages gem. § 705 BGB i.V.m. § 105 HGB sowie die Kundbarmachung des Gesellschaftsverhältnisses nach außen gem. § 123 HGB. Der erste Akt ist ein rein interner Vorgang. Er regelt die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander, läßt somit eine Innengesellschaft entstehen. Für Dritte ist der Abschluß des Vertrages nicht erkennbar; er kann keine Rechtswirkungen nach außen begründen. Für den Geschäftsverkehr ist allein der zweite Vorgang, die Kundbarmachung des Gesellschaftsverhältnisses, von Bedeutung¹. Daher könnte man der Ansicht sein, für das Außenverhältnis sei ein gültiger Vertrag gar nicht notwendig, sondern nur für das Innenverhältnis. Wenn nun der Versuch eines Vertragschlusses dazu geführt hat, daß eine Innengesellschaft entstanden ist, so könnte dieser Versuch gleichzeitig für das Außenverhältnis ausreichend sein. Es ließe sich sodann die These formulieren, daß Dritten mit der Kundbarmachung einer 'fehler-

hausen, BB 1970, S. 144 im Text bei Fn. 100 und Fn. 90; Sandberger, JA 1973, S. 216 (ZR S. 76); K. Schmidt, JuS 1977, S. 216, der aber das Recht der 'fehlerhaften Gesellschaft' in gefährliche Nähe zur Lehre von der faktischen Gesellschaft rückt, wenn er dort ausführt: "Zwar dient das Rechtsinstitut der Gesellschaft auf fehlerhafter Vertragsgrundlage auch dem Verkehrsschutz, aber die Rechtsfolgen beruhen doch nicht auf dem Anschein, daß eine fehlerfreie Gesellschaft vorliegt. Die Haftung ist auf die Tatsache zu stützen, daß eine Gesellschaft - wenn auch aufgrund fehlerhafter Vertragsgrundlage - in Vollzug gesetzt worden ist".

¹ Hueck, oHG, § 5 II; Westermann, GesR, Rdz. 101.

haften Gesellschaft' eine richtige Mitteilung gemacht worden sei. Für die Gläubiger einer Gesellschaft, so ließe sich fortführen, ist kein schutzwertes Interesse erkennbar, das die Gültigkeit des Vertrages erforderte.

Diese Vorstellungen sind allerdings unzutreffend. Die scheinbare Logik der Sätze geht von der Annahme aus, trotz eines mangelhaften Vertragsschlusses sei eine wirksame Innengesellschaft entstanden. Nur dann läßt sich nämlich der Schluß rechtfertigen, für die Entstehung einer Gesellschaft im Außenverhältnis sei ebenfalls kein gültiger Vertrag notwendig. Die Frage, ob die Bekanntmachung einer 'fehlerhaften Gesellschaft' eine unrichtige Tatsache i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB ist, hängt also unmittelbar mit dem Verständnis über die Rechtsnatur dieses Institutes zusammen. Wer glaubt, es in jeder Beziehung mit einer gültigen Gesellschaft gleichsetzen zu können, wird konsequenterweise die Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB ablehnen. Wie aber bereits ausgeführt wurde, ist eine völlige Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt¹. Im Innenverhältnis bestehen gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen nur insoweit, als aus Gründen der Rechtssicherheit ein Bedürfnis dazu besteht. Die Gesellschafter sind nicht ihrem gemeinsamen autonomen Willen unterworfen, sondern sie müssen sich aus Rücksicht vermögenswerter Interessen ihrer bisherigen Partner zeitweilig wie Gesellschafter behandeln lassen. Die fehlerhafte Gesellschaft ist daher, wie schon ihr Name besagt, kein voll wirksames Rechtsverhältnis¹.

Andererseits erfordert die Anwendung des § 128 HGB, daß sämtliche Entstehungsvoraussetzungen der Gesellschaft gegeben sind. Der rechtspolitische Grund für

¹ Vgl. oben C I 3 e.

die persönliche Haftung der Gesellschafter ist nämlich nicht an die bloße Publizierung eines Gesellschaftsverhältnisses geknüpft. Andernfalls ließe sich die Wertung der h.L. nicht halten, bei einem Scheinvertrag oder bei einem Gemeinschaftsverhältnis, welches ohne Vertragsschluß ins Leben getreten ist, nur Rechtsscheingrundsätze eingreifen zu lassen¹. Wäre die persönliche Haftung der Gesellschafter allein an die Publizierung des Gesellschaftsverhältnisses gebunden, dann müßten nichtige und fehlende Gesellschaftsverträge gleichbehandelt werden. Gerade weil die h.L. diesen Weg nicht beschreitet, deutet alles darauf hin, daß auch für die Entstehung der Gesellschaft nach außen der Abschluß eines gültigen Vertrages erforderlich ist. Die Bedeutung des Vertragserfordernisses ist stets mit erfreulicher Deutlichkeit gegen die Lehre von der faktischen Gesellschaft hervorgehoben worden².

Ohne einen wirksamen Vertrag besteht keine echte Gesellschaft. Ihre Bekanntmachung stellt eine unrichtige Tatsache i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB dar. Das Gesetz fordert unmißverständlich auch für das Außenverhältnis zur Begründung einer Gesellschaft einen gültigen Vertragsschluß³. Sind die Voraussetzungen der Gesellschaftsgründung nicht erfüllt, so kann in deren Bekanntmachung nicht die Wiedergabe einer richtigen Tatsache gesehen werden. Die Gerichte werden somit in Zukunft bei einem 'fehlerhaften Gesellschaftsver-

1 BGH LM Nr. 4 zu § 105 HGB; BGHZ 11,191 ff.; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 107 ff.; Hueck, oHG, § 7 III 4 b; Staudinger-Geiler-Kessler, § 705 Anm. 133; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 705 Anm. 66; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62 b und 62 r; vgl. auch die Ausführungen oben unter C II 2 a.

2 Vgl. dazu oben C I 3 b.

3 Bürck, AcP 171,350.

hältnis' § 15 Abs. 3 HGB anwenden müssen. Das bedeutet, daß sich die für das Innenverhältnis maßgeblichen Gesichtspunkte qua Gesetz nicht mehr auf das Außenverhältnis übertragen lassen¹.

Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, die Eintragung einer 'fehlerhaften Gesellschaft' müsse schon deshalb richtig sein, weil deren Auflösung gem. § 133 HGB analog durch gerichtliche Entscheidung zu erfolgen habe².

Ohne ein gestaltendes Urteil kann der Rechtspfleger beim Registergericht zwar die Löschung der Handelsregistereintragung nicht vornehmen, was dafür sprechen könnte, daß bis zu diesem Zeitpunkt ein wirksames Gesellschaftsverhältnis vorliegt und folglich auch eine richtige Eintragung.

Die Anwendung des § 133 HGB besagt aber für sich noch nichts über die Qualität der Eintragung. Der mangelhafte Gesellschaftsvertrag wird nämlich nicht schon dadurch gültig, daß anstelle der ex-tunc Wirkung einer Anfechtungserklärung (§ 142 BGB) ein rechtsgestaltendes Urteil treten muß, in dem die Mangelhaftigkeit des Vertrages endgültig festgestellt wird. Hätte die Anwendbarkeit des § 133 HGB Auswirkungen auf den Begriff der "Unrichtigkeit" der Eintragung, dann wäre die 'fehlerhafte Gesellschaft' - wie es das Gesetz vorschreibt - nur aufgrund eines wichtigen Grundes auflösbar³. Gerade weil bei ihr zur Auflösung jeder Tatbestand aus-

1 Im Einzelfall kann die Frage Schwierigkeiten bieten, ob eine 'fehlerhafte' oder eine gültige Gesellschaft vorliegt. Zu den Abgrenzungsmöglichkeiten vgl. unten C II 4.

2 Vgl. dazu oben C I 3 d.

3 So nach RG DR 1941, S. 1943 ff.; RG DR 1943, 1221 ff.

reicht, der nach den allgemeinen Vorschriften des BGB die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hätte¹, wird in dem Urteil gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß eine Gesellschaft eigentlich nie hätte entstehen sollen und daß auch die Eintragung in das Handelsregister nicht hätte erfolgen sollen. Damit wird in einer ex post Analyse die Unrichtigkeit der Eintragung zum Zeitpunkt des Eintragungsvorganges deutlich beschrieben. Hieraus läßt sich der Schluß ziehen, daß der zuständige Rechtspfleger, soweit ihm die Fehlerhaftigkeit des Vertrages bekannt gewesen wäre², die beantragte Eintragung hätte ablehnen können. Es kann aber nicht sein, daß die zunächst falsche Eintragung durch die Invollzugsetzung der Gesellschaft nachträglich richtig wird, denn das käme einer Heilung des Gründungsmangels gleich. Nun ist in der Tat im Recht der Kapitalgesellschaften vorgesehen, daß mangelhafte Gründungsvorgänge durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geheilt werden³.

Im Recht der Personengesellschaft ist bezeichnenderweise eine entsprechende gesetzliche Regelung unterblieben; hier fehlt deshalb jeglicher Anhaltspunkt, eine ursprünglich unrichtige Eintragung nachträglich als mit dem Gesetz übereinstimmend zu bezeichnen. Die analoge Anwendung des § 133 HGB zwingt

1 So die h.L.: Vgl. BGHZ, 290; Fischer in Großkomm. HGB, § 105 Anm. 91; Hueck, oHG, § 7 III 1 b a; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62 d; Westermann, GesR, Rdz. 759 und 775 unter 6.b); vgl. auch oben C I 3 d.

2 Natürlich ist der Rechtspfleger nicht verpflichtet, die Gültigkeit eines Gesellschaftsvertrages zu überprüfen. Häufig wird er dazu auch nicht in der Lage sein, weil den Beteiligten selbst die Mängel ihres Vertragsschlusses noch verborgen sind. Vgl. Baumbach-Duden, § 108 Anm. 2 C und oben S. 58 Fn. 1.

3 Vgl. dazu oben C II 2 a.

also nicht dazu, die Eintragung einer 'fehlerhaften Gesellschaft' als sachlich richtig zu qualifizieren. Der Zweck der Vorschrift ist vielmehr ausschließlich darin zu sehen, im Interesse der Rechtssicherheit eindeutig Klarheit über das Bestehen einer Gesellschaft zu schaffen. Ebenso wie die Gesellschafter einer gültigen Gesellschaft über einen wichtigen Grund i.S.d. § 133 HGB streiten können, kann zwischen den Beteiligten über die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anfechtungsgrundes gem. §§ 119 ff. BGB sehr leicht Streit entstehen. Deshalb ist es gerechtfertigt, in beiden Fällen die Auflösung der Gesellschaft von einer gerichtlichen Entscheidung abhängig zu machen¹.

Die Bedeutung eines Urteils ist gerade auch in einer eventuellen Klageabweisung zu sehen, also in der Feststellung, daß keine 'fehlerhafte', sondern eine wirkliche Gesellschaft entstanden ist. Wird jedoch der Klage statt gegeben, dann kommt damit die ursprüngliche Unrichtigkeit der Handelsregistereintragung und der entsprechenden Bekanntmachung zum Ausdruck².

Insgesamt läßt sich festhalten: Die Eintragung und Bekanntmachung einer 'fehlerhaften Gesellschaft' stellt eine unrichtige Tatsache i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB dar. Die persönliche Haftung der Gesellschafter beurteilt sich daher nicht allein nach den gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbeständen, sondern unter zusätzlicher Beachtung des § 15 Abs. 3 HGB.

1 Hueck, oHG, § 7 III 1 a.

2 Auf die Unrichtigkeit der Bekanntmachung kann sich ein Gesellschafter gegenüber einem Gläubiger erst nach einem rechtskräftigen Urteil gem. § 133 HGB berufen. Vgl. C II 4.

Das hier gewonnene Ergebnis führt gleichzeitig zu einer geschlossenen Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB im Recht der Personengesellschaften, wie es die folgenden Fallbeispiele verdeutlichen.

- 1.) Im Namen der X-oHG wird bekannt gemacht, daß Herr Dieter Müller zum Prokuristen bestellt worden ist. Später stellt sich heraus, daß die Prokuraerteilung nichtig ist.
- 2.) Die Prokuraerteilung ist zwar wirksam. Aber aufgrund eines Publikationsfehlers wird Herr Hans Müller als Prokurist benannt.
- 3.) Herr Dieter Müller tritt der X-oHG als neuer Gesellschafter bei. Wiederum wird Herr Hans Müller fälschlicherweise als neuer Gesellschafter bekanntgemacht.
- 4.) Der Beitrittsvertrag ist nichtig, was die Beteiligten erst feststellen, nachdem der Beitritt des Herrn Dieter Müller in den amtlichen Blättern veröffentlicht worden ist..

In den Fällen 1.) bis 3.) findet zu Lasten der X-oHG jeweils § 15 Abs. 3 HGB Anwendung, da die unrichtige Bekanntmachung auf eine Anmeldung zur Handelsregistereintragung seitens der Gesellschaft zurückzuführen ist¹.

Entsprechendes muß auch im Fall 4.) gelten, denn auf den Gläubigerschutz darf die Art der hier beschriebenen Fehlerquellen keinen Einfluß haben.

¹ Vgl. dazu oben B II 3 d,f. Die Anwendung der Grundsätze über die 'fehlerhafte Gesellschaft' muß von vornherein ausscheiden, weil die X-oHG mit der bekanntgemachten Person keinen Gesellschaftsvertrag geschlossen hat.

Ihr Interesse, die Gesellschaft für Verbindlichkeiten, die Dieter Müller bzw. Hans Müller eingegangen sind, haftbar zu machen, ist stets identisch. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn man im letzten Fall die Bekanntmachung als "richtig" bezeichnen würde, so daß die Gläubiger in Hinblick auf die Gesellschafterstellung des Dieter Müller noch nicht einmal gutgläubig sein müßten. Im Vergleich zum ersten Fall würde dies eine merkwürdige Konsequenz darstellen, denn für den Geschäftsverkehr wird es kaum eine Rolle spielen, ob die Gesellschaft durch einen Gesellschafter oder einen Prokuristen vertreten wird, vorausgesetzt, daß letzterer ähnliche Kompetenzen hat wie die Gesellschafter. Dem Regelungsbereich des § 15 Abs. 3 HGB läßt sich die aufgezeigte Differenzierung ohnehin nicht entnehmen, so daß es ein Gebot der Gerechtigkeit darstellt, die Gläubiger in sämtlichen vier Fällen gleich zu behandeln.

Was für die Gesellschaft zutrifft, muß dann auch gem. § 129 Abs. 1 HGB für den Gesellschafter gelten. Soweit also die Gesellschaft sich gem. § 15 Abs. 3 HGB auf den bösen Glauben eines Gläubigers berufen kann, steht dieser Einwand auch dem Gesellschafter Dieter Müller zu¹.

Der Normierungszweck des § 15 Abs. 3 HGB erfordert es demnach, die Haftung der an einer 'fehlerhaften Gesellschaft' Beteiligten dem neuen Gesetz zu unterwerfen. Für die bisherige Rechtsprechungspraxis ist deshalb kein Raum mehr. Sie wird durch das neue Gesetz verdrängt.

¹ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 179 Abs. 1 BGB, denn der Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte (§ 179 Abs. 3 BGB). Nach § 15 Abs. 3 HGB schadet den Gläubigern jedoch nur positive Kenntniss von der wirklichen Rechtslage. Vgl. B II 5 a.

c) Die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 HGB auf den gesamten Rechtsbereich

Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum¹ ist § 15 Abs. 3 HGB nicht analogiefähig, d. h. daß seine Anwendbarkeit bei fehlenden oder sachlich richtigen Bekanntmachungen ausgeschlossen ist. Für die Haftung der Mitglieder einer 'fehlerhaften Gesellschaft' könnte sich das Problem neu stellen, da die Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB gegenüber der bisherigen Rechtsprechungspraxis für die Betroffenen vom Vorteil wäre. Immerhin wären sie vor Forderungen bösgläubiger Dritter geschützt² und müßten gewöhnlich auch nicht für Altschulden des Unternehmens entgegen § 130 HGB eintreten³. Nachdem festgestellt wurde, daß § 15 Abs. 3 HGB positiv rechtlich die Anwendung des Institutes der 'fehlerhaften Gesellschaft' im Verhältnis zu Dritten verdrängt, wäre zu überlegen, ob dieses Haftungsprivileg nicht durchgängig zu beachten ist, also auch bei Gesellschaftsverhältnissen, die dem Verkehr nicht entsprechend § 15 Abs. 3 HGB bekanntgemacht worden sind.

Indes bietet sich eine noch weitergehende Lösung an. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung reiht sich § 15 Abs. 3 HGB in das System der Rechts-scheinhaftung im Handelsrecht ein⁴. Das Gesetz stellt somit einen Spezialfall einer Tatbestandsgruppe dar. Soweit nun die bisherige Rechtsprechungspraxis durch § 15 Abs. 3 HGB verdrängt wird, kann hieraus eine Indizwirkung abgeleitet werden. Der gesetzlich geregelte Spezialfall macht deutlich, daß die Rechtsscheingrundsätze auch auf ein fehler-

¹ Vgl. oben B III 2 am Ende, Fn. 2 auf S. 97.

² Vgl. oben B II 5 a.

³ Vgl. oben B II 5 b.

⁴ Vgl. oben B II 2 f und B V.

haftes Gesellschaftsverhältnis Anwendung finden können, so daß in den nicht von § 15 Abs. 3 HGB umfaßten Fällen zwanglos auf die bisher anerkannten Gewohnheitssätze zurückgegriffen werden kann.

Methodisch läßt sich das Ergebnis damit rechtfertigen, daß § 15 Abs. 3 HGB das Gebot einer restriktiven Anwendung des Instituts der 'fehlerhaften Gesellschaft' enthält und es damit auf das Innenverhältnis der Gesellschaft beschränkt. Durch diese Auslegung wird keinesfalls eine Regelungslücke geschaffen, denn die gewohnheitsrechtlichen Rechtscheingrundsätze sind geeignet, eine angemessene Lösung zu gewährleisten. Da sie im Verhältnis zum Institut der 'fehlerhaften Gesellschaft' als gleichrangig zu bewerten sind, denn beide Rechtsfiguren sind im Wege der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung entwickelt worden, gebührt ihnen durch das genannte restriktive Auslegungsverbot des § 15 Abs. 3 HGB der Vorrang.

Ferner verbirgt sich hinter § 15 Abs. 3 HGB ein allgemeines Prinzip, nämlich die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht. Wenn das Gesetz selbst nicht analogiefähig ist, so kann deshalb doch der allgemeine Grundgedanke des Gesetzes verwertbar sein. Schließlich wurde das Analogieverbot des § 15 Abs. 3 HGB allein damit begründet, die allgemeinen Rechtscheingrundsätze nicht zu verdrängen¹. Damit wird deutlich, daß der Gesetzeszweck an sich übertragbar ist - und sicherlich auch übertragen werden müßte, wenn es die gewohnheitsrechtlichen Sätze nicht gäbe -, jedoch in bezug auf ein milderes Haftungssystem zurücktreten muß.

¹ Vgl. oben B III 2.

Bedenkt man, daß der von § 15 Abs. 3 HGB ausgehende Vertrauenstatbestand gegenüber Dritten in der Regel stärker sein wird als in dem verbleibenden Rechtsbereich, so wird überdeutlich, daß die Haftung der Betroffenen in den nicht von dem Gesetz erfaßten Fällen nicht schärfer sein darf, was aber unter Heranziehung des Instituts der 'fehlerhaften Gesellschaft' zutreffen würde¹. Die persönliche Haftung der Gesellschafter muß deshalb stets nach Rechtsscheingrundsätzen beurteilt werden.

Dieses Ergebnis steht letztlich auch im Einklang mit der h.L., die, was die wechselseitigen Beziehungen der Gesellschafter untereinander angeht, bereit ist, aus Billigkeitserwägungen von den gesetzlichen Wertungen abzurücken². Es ist nämlich nicht richtig, daß auf eine 'fehlerhafte Innengesellschaft' durchweg die gesellschaftsrechtlichen Normen angewandt werden. Vielmehr bedient man sich einer differenzierenden Methode, indem man die Vorschriften des Gesellschaftsrechts mit jenen des BGB kombiniert, um auf diese Weise zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen³.

Wenn es aber geboten ist, im Innenverhältnis der 'fehlerhaften Gesellschaft' geringfügige Abweichungen vom gesetzlichen Normaltatbestand zuzulassen, dann ist es ebenso zutreffend, die Haftung der Gesellschafter leicht zu modifizieren. Die Anwendung der Rechtsscheingrundsätze macht das Gesellschaftsrecht ja nicht unanwendbar, sondern stellt nur eine zusätzliche Bedingung auf. Damit werden die §§ 128 ff. HGB nur etwas abgeändert, wodurch gleichzeitig eine

1 Vgl. oben C II 2 a.

2 Vgl. dazu oben C I 3 d.

3 Vgl. dazu die Seiten 126 - 129.

Übereinstimmende Behandlung des Innen- und Außenverhältnisses gewährleistet wird, weil erst jetzt in beiden Verhältnissen gesellschaftsrechtliche Normen jeweils unter gewissen Modifikationen zum Zuge kommen. Der Hauptunterschied der hier vertretenen Lösung gegenüber der h.L. zeigt sich bei der Haftung eines Gesellschafters gegenüber einem bösgläubigen Dritten und bei der Haftung eines beigetretenen Gesellschafters für Altschulden. Aber in beiden Fällen tritt die Vorzugswürdigkeit dieser Ansicht deutlich zu Tage.

Wie bereits angedeutet wurde¹, stellt die Rechts-scheinhaftung der Gesellschafter auch nicht das Institut der 'fehlerhaften Gesellschaft' infrage. Ein Rechtsschein kann ganz verschiedene Ausprägungen haben. Es wäre verfehlt, bei dessen Begriff stets die Vorstellung zu hegen, eine Rechtstatsache sei überhaupt nicht vorhanden. Auch bei nicht vollständigen Tatsachen kann ein Rechtsschein gegeben sein. Bei fehlerhaft gegründeten Gesellschaften glaubt man offenbar, die Anwendung von Rechtsschein-grundsätzen müsse dazu führen, der Gesellschaft gänzlich die Anerkennung zu versagen. Damit würde man die Rechtsscheinhaftung auf die 'Scheingesellschaft' beschränken, die in Wirklichkeit nicht besteht². Das ist unrichtig. Auch in bezug auf eine bestehende Gesellschaft können Rechtsscheingrundsätze angewandt werden, wie das Beispiel einer vorgetäuschten Prokura verdeutlicht. Hier finden zweifellos nicht die Grundsätze der 'Scheinhandelsgesellschaft' Anwendung, sondern es liegt nur eine Scheinvollmacht hinsichtlich einer gültigen Gesellschaft vor. Warum soll dann nicht auch bei einer fehlerhaften Gesellschaft, die als bestehend zu betrachten ist, die persönliche

1 Vgl. oben C II 3 a.

2 Vgl. dazu oben B IV.

Haftung der Gesellschafter gem. § 128 HGB nach Rechtsscheingrundsätzen zu beurteilen sein? Es stellt deshalb a priori keinen Widerspruch dar, im Außenverhältnis der Gesellschaft Rechtsscheinprinzipien durchgreifen zu lassen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß mit dem Begriff des Rechtsscheins nicht mehr ausgedrückt werden soll, als daß nicht sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen einer Haftungsnorm erfüllt sind. Gerade dies wird man bei der 'fehlerhaften Gesellschaft' nicht leugnen können, weil ihr Gesellschaftsverhältnis eines gültigen Gründungsvertrages entbehrt.

Mit der Sprache des Bildhauers gesprochen stellt die 'fehlerhafte Gesellschaft' einen Torso dar. Sie ist gegenüber dem Normaltypus einer Gesellschaft unvollendet, aber keinesfalls ein Nichts. Im Gegenteil, sie ist vorhanden. Weil sie aber unvollendet ist, wird sie anders behandelt als die normale Gesellschaft: im Innenverhältnis und im Außenverhältnis.

4. Prozeßrechtliche Auswirkungen des Lösungsvorschlags

Bisher wurde dargetan, daß eine 'fehlerhafte Gesellschaft' nur in entsprechender Anwendung des § 133 HGB aufgelöst werden kann¹. Als Argument wurde dabei aufgeführt, daß unter den beteiligten Gesellschaftern ebensogut wie über einen wichtigen Grund i.S.d. § 133 HGB Streit über einen Nichtigkeitsgrund eines Gesellschaftsvertrages entstehen kann. Um also einen Schwebezustand über die Frage zu vermeiden, ob eine Gesellschaft besteht oder nicht, sind die Gesellschafter gehalten, die Auf-

¹ Vgl. dazu C I 3 d und C II 3 b.

lösung der Gesellschaft durch ein rechtsgestaltendes Urteil herbeizuführen, wobei im Ergebnis das Gericht auch zu der Feststellung gelangen kann, daß eine gültige Gesellschaft besteht. Damit würde die klagende Partei, die sich auf den nichtigen Gesellschaftsvertrag berufen hat, abgewiesen.

Nun ist nicht zu übersehen, daß nicht nur unter den Gesellschaftern, sondern auch zwischen einem Gläubiger und einem Gesellschafter darüber Streit entstehen kann, ob eine Gesellschaft besteht oder nicht. Insbesondere könnte in einem Haftungsprozeß ein Gesellschafter geltend machen, er sei der Gesellschaft nicht wirksam beigetreten. Damit stellt sich die Frage, ob § 133 HGB nicht auch in bezug auf die persönliche Haftung eines Gesellschafters gewisse Auswirkungen haben kann, denn solange nicht rechtskräftig festgestellt worden ist, ob die Behauptung eines Gesellschafters, unter einem Willensmangel einer Gesellschaft beigetreten zu sein, zutreffend ist, kann gleichfalls nicht mit Sicherheit die unmittelbare Anwendung des § 128 HGB bejaht oder verneint werden.

Problematisch wird der Fall aber eigentlich erst, wenn die Haftung des Gesellschafters aus Rechtscheingrundsätzen scheitern müßte, d. h. wenn der Gläubiger nicht gutgläubig ist oder die Bezahlung von Altschulden verlangt. Dagegen wird es häufig vorkommen, daß der Anspruch eines Gläubigers nicht nur unmittelbar aus § 128 HGB begründet ist, sondern auch aus Rechtsscheingesichtspunkten. Hier reicht es für den beklagten Gesellschafter nicht aus, wenn er in einem Haftungsprozeß auf den mangelhaften Beitrittsvertrag bzw. auf ein bereits schwebendes Verfahren gegen seine Mitgesellschafter hinweist, sondern er müßte substantiiert dar- tun, daß die Anspruchsvoraussetzungen des Rechtscheintatbestandes nicht vorliegen. Im Falle des

§ 15 Abs. 3 HGB wird ihm dies, insbesondere im Hinblick auf die ungünstige Beweislastregel¹ oft nicht gelingen. Kann der Gesellschafter demnach die Anspruchsvoraussetzungen nach Rechtsscheingrundsätzen nicht entkräften, so sind die Grundsätze des gleichwertigen Parteivorbringens zu beachten². Der Gesellschafter wäre dann zu verurteilen, ohne daß es darauf ankäme, ob er der Gesellschaft wirksam beigetreten ist oder nicht. Aus dem Gesagten wird deutlich, daß der Ausgang einer Auflösungsklage häufig keinen Einfluß auf die persönliche Haftung eines Gesellschafters haben wird³.

Stellt sich aber heraus, daß der Gläubiger keine Ansprüche aus einer Rechtsscheinnorm herleiten kann, dann hängt der Ausgang des Prozesses davon ab, ob der Gesellschafter sich lediglich auf den mangelhaften Gesellschaftsvertrag berufen darf oder ob er gleichzeitig eine Auflösungsklage gegen die Mitgesellschafter anstrengen muß. Die Frage ist in dem letzten Sinn zu beantworten, denn sonst könnte sich auch für den Gläubiger ein unerträglicher Schwebezustand ergeben, weil nicht mit Sicherheit feststeht, ob der Gesellschafter nicht vielleicht doch der Gesellschaft treu bleiben wird. Deshalb ist bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung nach § 133 HGB davon auszugehen, daß die Zugehörigkeit des Gesellschafters zu der Gesellschaft wirksam ist. Wer also glaubt, zu Unrecht von einem Gläubiger in Anspruch genommen zu werden, muß gleichzeitig eine Auflösungsklage gegen seine Mitgesellschafter er-

1 Vgl. dazu oben B II 5 a und b.

2 Zu der Lehre vom gleichwertigen Parteivorbringen vgl. Egon Schneider, Der Zivilrechtsfall, § 46; Berg, Gutachten und Urteil, S. 69, beide mit weiteren Nachweisen.

3 Vgl. dazu oben C II 3 c.

heben. Tut er das nicht, kann er in einem Haftungsprozeß verurteilt werden, weil es dem Gericht, welches nur die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft bzw. dem Gesellschafter zu untersuchen hat, verwehrt wäre, die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages zu überprüfen. Das Gericht kann nicht anders verfahren, weil es dem Gesellschafter trotz des mangelhaften Vertrages jederzeit einfallen könnte, das Gesellschaftsverhältnis mit den übrigen Gesellschaftern unter Erneuerung eines gültigen Vertrages fortzusetzen¹.

Erhebt der Verurteilte aber später dennoch erfolgreich Klage gem. § 133 HGB gegen die Mitgesellschafter, dann kann er das an den Gläubiger Geleistete nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zurückverlangen².

Sind beide Prozesse gleichzeitig rechtshängig, dann kann das Gericht, das mit der Haftung des Gesellschafters konfrontiert ist, seine Entscheidung solange aussetzen, bis die Klage gem. § 133 HGB entschieden ist.

Die Notwendigkeit einer Auflösungsklage kann jedoch entfallen, wenn die Gesellschafter einvernehmlich auseinandergehen und in diesem Zusammenhang die Nichtigkeit ihres Gesellschaftsvertrages anerkennen. Die für den Haftungsprozeß entscheidende Vorfrage, ob eine 'fehlerhafte Gesellschaft' vorliegt, mußte hier nicht in einem gesonderten Verfahren geklärt werden.

1 Vgl. dazu oben C I 2.

2 So auch Canaris, a.a.O., S. 122, 123.

5. Endergebnis

Die 'fehlerhafte Gesellschaft' ist eine bestehende, aber nicht voll wirksame Gesellschaft. Sie verfügt über Gesamthandsvermögen, wodurch sie teilweise rechtlich verselbständigt wird. Da ein Titel gegen die Gesellschafter nicht die Möglichkeit eröffnet, das Gesamthandsvermögen im Wege der Zwangsvollstreckung beschlagnahmen und verwerten zu lassen, ist eine Klage gegen die 'fehlerhafte Gesellschaft' im Gegensatz zur Scheinhandelsgesellschaft zulässig. Diese Konsequenz führt dazu, daß sämtliche in § 124 HGB genannten Rechte auch der 'fehlerhaften Gesellschaft' zustehen. Dennoch wird sie nicht in jeder Beziehung wie eine gültige Gesellschaft behandelt. Die persönliche Haftung der Gesellschafter richtet sich nach § 15 Abs. 3 HGB und, soweit dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, nach den anerkannten Rechtsscheingrundsätzen im Handelsrecht.

Liegt bei der Gründung einer Gesellschaft ein Vertragsmangel vor, so ist dessen Auswirkung genau zu analysieren. Keinesfalls führt schon jeder Fehler des Vertragswerkes zur Annahme des Instituts der 'fehlerhaften Gesellschaft'. Vielmehr sind alle gesetzlichen Mittel auszuschöpfen, die zur Heilung des Vertrages führen. Gerade im Gesellschaftsrecht besteht nicht zuletzt wegen der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander ein besonders hohes Interesse daran, die Vereinbarungen der Beteiligten anzuerkennen und für die Zukunft - notfalls unter Beseitigung der nichtigen Vertragsbestandteile - aufrechtzuerhalten. Führen diese Bemühungen zum Erfolg, dann finden Rechtsscheingrundsätze keine Anwendung, sondern es bleiben die gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen für das Gesellschaftsverhältnis maßgeblich.

Entsteht Streit darüber, ob eine 'fehlerhafte' oder eine gültige Gesellschaft vorhanden ist, so ist derjenige, der sich auf den Nichtigkeitsgrund des Vertrages beruft, genötigt, unverzüglich die Auflösung der Gesellschaft gem. § 133 HGB zu betreiben. Solange er das nicht tut, ist er auch gegenüber Gläubigern als wirklicher Gesellschafter zu behandeln, so daß zu seinen Gunsten Rechtsscheingrundsätze nicht zum Zuge kommen.

Wird die Auflösung der Gesellschaft betrieben, dann werden die Beteiligten wie Scheingesellschafter behandelt. Die Stellung der Gläubiger gegenüber den Gesellschaftern ist stets gleich unabhängig davon, ob eine Gesellschaft ohne Vertragsschluß nur zum Schein oder aufgrund einer mangelhaften Vertragsgrundlage im Geschäftsleben aufgetreten ist. Auch die Fälle, in denen sich jemand als Mitglied einer Gesellschaft ausgibt, ohne dieser jemals beigetreten zu sein, reihen sich in dasselbe Haftungssystem ein.

Dieses Gleichbehandlungsgebot ergibt sich zum einen aus der Tatsache, daß die 'fehlerhafte Gesellschaft' keine voll wirksame Gesellschaft ist. Obwohl sie tatsächlich vorhanden ist, ist sie rechtlich als unvollkommen zu bezeichnen, wodurch sie sich der Scheinhandelsgesellschaft annähert. Zum anderen folgt die Lösung bereits unmittelbar aus § 15 Abs. 3 HGB. Das neue Gesetz verdrängt die Grundsätze, über die 'fehlerhafte Gesellschaft' im Außenverhältnis und führt zu sachgerechten Entscheidungen gleichgelagerter Fälle. Die Wertungswidersprüche, denen die h.L. in diesem Bereich bisher erlag, können mit diesem Auslegungsergebnis künftig vermieden werden.

Lebenslauf

Am 30. Mai 1946 wurde ich als viertes Kind des im Juli 1977 verstorbenen Bergwerksdirektors Dr. Ing. Adolf Wiese und seiner Ehefrau Anneliese, geb. Eckardt, in Oer-Erkenschwick (Kreis Recklinghausen) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Grundschule besuchte ich seit Ostern 1956 das neusprachliche Gymnasium zu Datteln, an dem ich im Februar 1966 das Abitur bestand.

Am 1. April 1966 wurde ich zur Bundeswehr eingezogen und am 31. März 1968 entlassen. Heute habe ich den Dienstgrad eines Oberleutnants der Reserve inne.

Vom Sommersemester 1968 an studierte ich Rechtswissenschaft in München, Genf und Münster. Im Dezember 1972 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab und trat im März 1973 in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich im November 1975 vor dem Justizprüfungsamt in Düsseldorf.

Nachdem ich zunächst als wissenschaftlicher Mitarbeiter in dem kriminalwissenschaftlichen Institut an der hiesigen Universität tätig war, bin ich nun bei der Bergbau Aktiengesellschaft Lippe in Herne beschäftigt.

